coleção OAB nacional

Primeira Fase

Depois de alguns anos ministrando aulas em cursos preparatórios para o exame de habilitação profissional da advocacia, acabamos por adquirir uma experiência valiosa, o que nos motivou a conceber esta Coleção OAB Nacional.

Com a proposta de suprir a maior necessidade do bacharel quando este se submete ao exame, qual seja, apreender o maior conteúdo possível por meio de uma linguagem clara, objetiva e concisa, tal empreitada considerou a necessidade de o aluno recordar um grande volume de informações em pouco tempo.

A escolha dos autores foi conduzida de maneira extremamente criteriosa, uma vez que se trata de professores que há muito ministram aulas em cursos preparatórios para o exame de habilitação profissional em âmbito nacional e, portanto, conhecem profundamente as provas de cada banca organizadora no País.

Antecipamos ao leitor que as discussões doutrinárias, quando necessárias, são breves, sem, contudo, deixar de lado o núcleo das disposições, consoante perquirido pelas bancas examinadoras a que nos referimos.

Para facilitar o manuseio, dividimos a Coleção por matérias e, com o objetivo de atender ao interesse dos bacharéis, os temas são apresentados de forma sistemática. Como não poderia ser diferente, não tivemos a pretensão de esgotar nenhum dos temas das matérias de cada volume, pois nosso objetivo é oferecer aos bacharéis meios de absorção de conteúdo em pouco tempo.

Sucesso a todos os concursandos e estudiosos.

Os Coordenadores

saraivajur.com.br
Visite nosso portal

ISBN 978-85-02-06978-7
9 788502 069787

1

Figueiredo Giancoli

DIREITO CIVIL

coleção OAB nacional

ISBN 978-85-02-07318-0 obra completa

Editora Saraiva

coleção OAB nacional

Primeira Fase

1

DIREITO CIVIL

Fábio Vieira Figueiredo

Brunno Pandori Giancoli

De acordo com a Lei n. 11 698, de 13-6-2008

Coordenação geral
Fábio Vieira Figueiredo
Fernando F. Castellani
Marcelo Tadeu Cometti

Inclui questões:
Cespe
Vunesp
FCC

Editora Saraiva

Sumário

Agradecimento VII

Apresentação XVII

Prólogo: premissas de sustentação do discurso 1

Código Civil – Parte Geral 7

1.1 Moral e direito 7
1.2 Classificação do direito 7
1.3 Lei de Introdução ao Código Civil 8
1.3.1 Introdução 8
1.3.1.1 Principais finalidades da LICC 8
1.3.1.2 Interpretação das normas jurídicas 9
1.3.1.2.1 Fontes do direito 9
1.3.1.2.2 Meios de interpretação 9
1.3.2 Integração 10
1.3.2.1 Analogia, costumes e princípios gerais de direito 11
1.3.2.2 Eqüidade 12
1.3.3 Prazo de vacância da lei (*vacatio legis*) 12
1.3.4 Revogação da lei 13
1.3.5 Irretroatividade da lei 15
1.4 Código Civil – Parte Geral 15
1.4.1 Princípios que regem o Código Civil 15
1.4.2 Das pessoas 16
1.4.2.1 Conceito 16

Agradecimento

À querida Professora Doutora Maria Helena Diniz, que gentilmente aceitou o nosso convite para apresentar esta Coleção. Sem qualquer sombra de dúvida um exemplo a ser seguido na docência, por preocupar-se com a necessidade de uma postura ética e técnica de seus alunos no mundo do Direito e por não medir esforços na realização do ensino. Faz-nos sentir seguros ao ser a verdadeira prova de que um vastíssimo conhecimento e a humildade podem caminhar juntos na senda da vida. Agradeço por me aceitar como seu orientando e pela aprovação na argüição final ao me conferir créditos para o doutoramento e, acima de tudo, por permitir que eu integre o rol de seus amigos.

Ao meu estimado Professor Roberto Bolonhini Junior. Meu primeiro e excepcional professor de Direito Civil, na graduação e nos estudos pós-graduados lato sensu. De quem fui assistente e quem fez primeiro brotar a paixão pelo Direito Civil. É com muita honra e orgulho que, hoje, desfruto de sua fraternal e grande amizade. Mais que um professor, um verdadeiro paradigma como profissional e como ser humano. Querido Roberto, em técnica e na arte de viver serei seu eterno aluno.

Fábio Vieira Figueiredo

Editora Saraiva

Av. Marquês de São Vicente, 1697 – CEP 01139-904
Barra Funda – São Paulo-SP
Vendas: (11) 3613-3344 (tel.) / (11) 3611-3268 (fax)
SAC: (11) 3613-3210 (Grande SP) / 0800557688 (outras localidades)
E-mail: saraivajur@editorasaraiva.com.br — Acesse: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE
Rua Costa Azevedo, 56 – Centro
Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE
Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)
Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro
Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO
Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL
SIG QD 3 Bl. B - Loja 97 – Setor Industrial Gráfico
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 – Brasília

GOIÁS/TOCANTINS
Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO
Rua 14 de Julho, 3148 – Centro
Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS
Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha
Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ
Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA
Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS
Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)
Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro
Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO
Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565
Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL
Av. Ceará, 1360 – São Geraldo
Fone: (51) 3343-1467 / 3343-7563
Fax: (51) 3343-2986 / 3343-7469 – Porto Alegre

SÃO PAULO
Av. Marquês de São Vicente, 1697 – Barra Funda
Fone: PABX (11) 3613-3000 – São Paulo

ISBN 978-85-02-07318-0 obra completa
ISBN 978-85-02-06978-7 volume 1

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Figueiredo, Fábio Vieira
Direito civil, 1 / Fábio Vieira Figueiredo, Brunno Giancoli; coordenação geral Fábio Vieira Figueiredo, Fernando F. Castellani, Marcelo Tadeu Cometti. – São Paulo : Saraiva, 2009. – (Coleção OAB nacional. Primeira fase)

1. Direito civil I. Giancoli, Brunno. II. Castellani, Fernando F. III. Cometti, Marcelo Tadeu. IV. Título. V. Série

08-00427 CDU-347

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito civil 347

Diretor editorial Antonio Luiz de Toledo Pinto
Diretor de produção editorial Luiz Roberto Curia
Editor Jônatas Junqueira de Mello
Assistente editorial Thiago Marcon de Souza
Produção Editorial Ligia Alves
Clarissa Boraschi Maria Coura
Estagiário Vinicius Acevedo Vieira
Arte e diagramação ERJ Composição Editorial
Revisão de provas Know-how Editorial
Serviços editoriais Karla Maria de Almeida Costa
Carla Cristina Marques
Capa Know-how Editorial

(DATA DE FECHAMENTO DA EDIÇÃO: 25-7-2008)

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal

Simone, minha amada esposa, pelo amor que nos une e que traz verdadeiro sentido à minha vida.

Laura, minha avó, com todo o meu carinho e imensa saudade. Por toda a alegria e dedicação até os últimos momentos de vida.

Porfírio e Lourdes, arrimos inabaláveis. Se algo de bom há em mim, vocês são os responsáveis; qualquer mérito é de vocês.

Vanessa, Viviane e Sílvio, afetuosos conselheiros. Mais do que irmãos, verdadeiros amigos, presentes em todos os momentos da minha vida.

Marcos, meu cunhado, com carinho e respeito.

Vinícius e Beatriz, meus amados sobrinhos, pela alegria e por representarem a continuidade de nossa família.

Adelino e Marilene, meus sogros, por terem me recebido como um filho.

Lúcia e Silvia, minhas novas irmãs e conselheiras.

Giancarlo, meu sobrinho, com amor.

Fábio Vieira Figueiredo

Dedico este livro aos meus pais, Milton e Angela, e aos meus irmãos, Giulliano e Nicolly.

Brunno Pandori Giancoli

Coordenação Geral

Fábio Vieira Figueiredo: Advogado, consultor jurídico, parecerista e articulista em Direito Civil. Mestre em Direito Civil Comparado (PUCSP). Pós-graduado em Direito Empresarial e Contratual. Professor concursado e coordenador do Núcleo de Prática e Pesquisa Jurídica da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS), professor da graduação, pós-graduação e do departamento de cursos de extensão da Universidade São Judas Tadeu (USJT) e da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (FDDJ). Professor de cursos preparatórios para concursos e OAB. Membro do Instituto de Direito Privado, do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo e do Instituto dos Advogados de São Paulo – CNA. Coordenador pedagógico de cursos preparatórios para concursos do Complexo Jurídico Damásio de Jesus (CJDJ).

Fernando F. Castellani: Advogado e consultor jurídico. Mestre e doutorando em Direito Tributário pela PUCSP. Professor dos cursos do IBET, do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, do Via Saraiva, do Curso Ductor — Campinas e da FACAMP. Diretor acadêmico do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, em São Paulo. Autor do livro *Empresa em crise*: falência e recuperação judicial, por esta Editora.

Marcelo Tadeu Cometti: Advogado, especialista e mestre em Direito Comercial (PUCSP), coordenador pedagógico dos cursos para o Exame da OAB do Complexo Jurídico Damásio de Jesus e do IDEJUR (Instituto de Desenvolvimento de Estudos Jurídicos). Professor de Direito Empresarial nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito Damásio de Jesus e em cursos preparatórios

coleção OAB nacional

Primeira Fase

1

DIREITO CIVIL

Fábio Vieira Figueiredo

Brunno Pandori Giancoli

De acordo com a Lei n. 11.698, de 13-6-2008.

Coordenação geral
Fábio Vieira Figueiredo
Fernando F. Castellani
Marcelo Tadeu Cometti

edição 2009

Editora Saraiva

1.4.2.2 Pessoa física ... 16
1.4.2.2.1 Personalidade jurídica ... 16
1.4.2.2.2 Capacidade civil ... 17
1.4.2.2.3 Cessação da incapacidade ... 19
1.4.2.2.4 Individualização da pessoa natural ... 19
1.4.2.2.4.1 Nome ... 19
1.4.2.2.4.2 Estado ... 22
1.4.2.2.4.3 Domicílio ... 22
1.4.2.2.5 Extinção da personalidade jurídica da pessoa natural ... 23
1.4.2.2.6 Ausência das pessoas naturais ... 24
1.4.2.3 Direitos da personalidade ... 25
1.4.2.3.1 Caracteres dos direitos da personalidade ... 28
1.4.2.4 Pessoa jurídica ... 29
1.4.2.4.1 Personalidade jurídica ... 29
1.4.2.4.2 Natureza jurídica ... 29
1.4.2.4.3 Espécies ... 30
1.4.2.4.4 Desconsideração da personalidade jurídica ... 31
1.4.2.4.5 Extinção da pessoa jurídica ... 32
1.4.3 Bens ... 32
1.4.3.1 Classificação ... 32
1.4.4 Teoria dos fatos, atos e negócios jurídicos ... 37
1.4.4.1 Conceito ... 37
1.4.4.2 Elementos do negócio jurídico ... 40
1.4.4.2.1 O negócio jurídico sob o prisma da tricotomia: existência-validade-eficácia ... 40
1.4.4.2.1.1 Existência ... 40
1.4.4.2.1.2 Validade ... 41
1.4.4.2.1.3 Elementos acidentais ... 42
1.4.4.3 Defeitos dos negócios jurídicos ... 42
1.4.4.3.1 Inexistência ... 43
1.4.4.3.1.1 Vontade humana ... 43
1.4.4.3.1.2 Idoneidade objetiva ... 43
1.4.4.3.1.3 Finalidade negocial ... 43
1.4.4.3.2 Invalidade ... 44
1.4.4.3.2.1 Nulidade relativa (anulabilidade) ... 44
1.4.4.3.2.2 Nulidade absoluta (ou, simplesmente, nulidade) ... 48
1.4.4.3.2.3 Ineficaz ... 51
1.4.5 Prescrição e decadência ... 52
1.4.5.1 Da prescrição ... 52
1.4.5.2 Da decadência ... 55
Questões ... 56

Parte Especial – Direito das Obrigações 68

2.1 Conceito ... 68
2.1.1 Elementos constitutivos da obrigação ... 68
2.1.1.1 Características ... 70
2.2 Responsabilidade ... 71
2.3 Modalidades das obrigações ... 72
2.3.1 Obrigação de dar ... 72
2.3.2 Obrigação de fazer ... 74
2.3.3 Obrigação de não fazer ... 75
2.4 Classificação das obrigações ... 75
2.5 Transmissão das obrigações ... 81
2.5.1 Cessão de crédito ... 81
2.5.2 Assunção de dívida ... 82
2.6 Adimplemento e extinção das obrigações ... 82
2.6.1 Do pagamento ... 82
2.6.1.1 Quem deve pagar ... 82
2.6.1.2 A quem se deve pagar (art. 308 do CC) ... 83
2.6.1.3 Objeto da prestação ... 83
2.6.1.4 Do lugar do pagamento ... 84
2.6.1.5 Do tempo do pagamento ... 84
2.6.2 Dos meios indiretos de extinção das obrigações ... 85
2.6.2.1 Pagamento em consignação (art. 334 do CC, c/c o art. 890 do CPC) ... 85
2.6.2.2 Pagamento com sub-rogação (art. 346 do CC) ... 85
2.6.2.3 Imputação ao pagamento (art. 352 do CC) ... 86
2.6.2.4 Dação em pagamento (art. 356 do CC) ... 86
2.6.2.5 Novação (art. 360 e ss. do CC) ... 87
2.6.2.6 Compensação (art. 368 e ss. do CC) ... 88
2.6.2.7 Confusão (art. 381 do CC) ... 89
2.6.2.8 Remissão (art. 385 do CC) ... 89
2.7 Inadimplemento e mora ... 89
2.8 Cláusula penal ... 92
2.9 Arras ... 92
Questões ... 93

Parte Especial – Direito Contratual 100

3.1 Elementos dos contratos ... 100
3.1.1 Subjetivo ... 100
3.1.2 Objetivo ... 100

3.2 Princípios que regem o direito contratual ... 101
3.2.1 Autonomia da vontade ... 101
3.2.2 Supremacia da ordem pública ... 101
3.2.3 Obrigatoriedade do contrato (pacta sunt servanda) ... 101
3.2.4 Consensualismo ... 102
3.2.5 Relatividade contratual ... 102
3.2.6 Função social ... 102
3.2.7 Boa-fé ... 103
3.2.8 Revisão contratual ... 104
3.3 Requisitos de validade ... 104
3.4 Classificação dos contratos ... 104
3.5 Formação dos contratos ... 107
3.6 Estipulação em favor de terceiro ... 109
3.7 Promessa por fato de terceiro ... 110
3.8 Contrato com pessoa a declarar ... 111
3.9 Garantias contratuais ... 111
3.9.1 Vícios redibitórios ... 111
3.9.2 Evicção ... 112
3.10 Extinção e rescisão dos contratos ... 113
3.11 Dos contratos em espécie ... 115
3.11.1 Compra e venda: comprador e vendedor (arts. 481 a 532 do CC) ... 115
3.11.2 Contrato estimatório: consignante e consignatário (arts. 534 a 537 do CC) ... 118
3.11.3 Doação: doador e donatário (arts. 538 a 554 do CC) ... 118
3.11.4 Locação de coisas: locador e locatário (art. 565 e ss. do CC) ... 120
3.11.5 Do empréstimo (arts. 579 a 592 do CC) ... 121
3.11.6 Prestação de serviços (arts. 593 a 609 do CC) ... 122
3.11.7 Empreitada: empreiteiro e dono da obra (art. 610 e ss. do CC) ... 123
3.11.8 Depósito: depositante e depositário (art. 627 e ss. do CC) ... 123
3.11.9 Mandato: mandante e mandatário (art. 653 e ss. do CC) ... 124
3.11.10 Comissão: comitente e comissário (art. 693 e ss. do CC) ... 125
3.11.11 Agência e distribuição (art. 710 do CC) ... 126
3.11.12 Corretagem: comitente e corretor (art. 722 do CC) ... 126
3.11.13 Transporte (arts. 730 a 756 do CC) ... 127
3.11.14 Contrato de seguro: segurador e segurado (art. 757 do CC) ... 128
3.11.15 Constituição de renda: instituidor e rendeiro (art. 803 e ss. do CC) ... 129
3.11.16 Jogo e aposta (art. 814 e ss. do CC) ... 130
3.11.17 Fiança, fiador: devedor e credor (art. 818 e ss. do CC) ... 131
3.11.18 Transação e compromisso (arts. 840 e ss. e 851 e ss. do CC) ... 132

3.12 Dos atos unilaterais de vontade ... 133
3.12.1 Promessa de recompensa (arts. 854 a 860 do CC) ... 133
3.12.2 Gestão de negócios (arts. 861 a 875 do CC) ... 133
3.12.3 Do pagamento indevido (arts. 876 a 883 do CC) ... 134
3.12.4 Enriquecimento sem causa (art. 884 a 886 do CC) ... 134
3.12.5 Dos títulos de crédito (art. 887 e ss. do CC) ... 135
Questões ... 135

Responsabilidade Civil ... 142

4.1 Introdução ... 142
4.2 Funções da responsabilidade civil ... 142
4.3 Elementos da responsabilidade civil ... 144
4.4 Responsabilidade contratual e extracontratual ... 147
4.5 Responsabilidade subjetiva e objetiva ... 148
4.6 Quantificação e liquidação do dano ... 148
4.7 Excludentes de responsabilidade civil ... 150
Questões ... 152

Direito das Coisas ... 154

5.1 Posse ... 154
5.1.1 Conceito e teorias ... 154
5.1.2 Detenção ... 155
5.1.3 Classificação da posse ... 156
5.1.4 Aquisição e perda da posse ... 157
5.1.5 Efeitos da posse e proteção possessória ... 159
5.2 Direitos reais ... 160
5.2.1 Características dos direitos reais ... 160
5.3 Propriedade ... 161
5.3.1 Função social da propriedade ... 161
5.3.2 Restrições ao direito de propriedade ... 161
5.3.3 Aquisição da propriedade imóvel ... 162
5.3.4 Aquisição da propriedade móvel ... 165
5.3.5 Direitos de vizinhança ... 167
5.3.6 Condomínio ... 169
5.4 Superfície ... 171
5.5 Servidões ... 171
5.6 Usufruto ... 173
5.7 Uso ... 174

5.8 Habitação ... 175
5.9 Direito do promitente comprador ... 176
5.10 Direitos reais de garantia ... 177
5.10.1 Aspectos gerais ... 177
5.10.2 Hipoteca ... 178
5.10.3 Penhor ... 180
5.10.4 Da anticrese ... 182
5.10.5 Da alienação fiduciária ... 182
5.11 Das concessões ... 183
Questões ... 185

Direito de Família ... 191

6.1 Famílias monoparentais ... 191
6.2 Casamento ... 192
6.2.1 Conceito de casamento ... 192
6.2.2 Casamento religioso com efeitos civis ... 192
6.2.3 Natureza jurídica do casamento ... 193
6.2.4 Finalidades do casamento ... 193
6.2.5 Princípios do casamento ... 193
6.2.6 Pressupostos de existência jurídica do casamento ... 193
6.2.7 Pressupostos de validade ... 194
6.2.8 Pressupostos de regularidade ... 195
6.2.9 Dos impedimentos matrimoniais ... 195
6.2.10 Celebração do casamento ... 196
6.2.11 Das provas do casamento ... 198
6.2.12 Da eficácia do casamento ... 199
6.2.13 Da invalidade do casamento ... 200
6.2.14 Casamento putativo ... 201
6.2.15 Dissolução judicial do casamento ... 202
6.2.16 Efeitos da separação e do divórcio ... 204
6.2.17 Dissolução extrajudicial do casamento ... 205
6.2.18 Regime de bens entre os cônjuges ... 206
6.2.19 Regime da comunhão parcial de bens ... 207
6.2.20 Regime da comunhão universal de bens ... 208
6.2.21 Regime da participação final nos aqüestos ... 209
6.2.22 Regime da separação de bens ... 209
6.3 Parentesco ... 209
6.3.1 Espécies de parentesco ... 210
6.3.2 Contagem do parentesco ... 210
6.3.3 Efeitos do parentesco ... 211

6.4 Filiação ... 212
6.4.1 Introdução ... 212
6.4.2 Presunção de paternidade ... 213
6.4.3 Ação negatória de paternidade e de maternidade ... 215
6.4.3.1 Reconhecimento judicial da filiação: investigação de paternidade e de maternidade ... 217
6.4.4 Efeitos do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento ... 219
6.4.5 Adoção ... 220
6.4.6 Poder familiar ... 221
6.5 União estável ... 223
6.6 Bem de família ... 224
6.6.1 Bem de família voluntário ... 224
6.6.2 Bem de família legal ... 225
6.6.3 Exceções à impenhorabilidade do bem de família ... 225
6.6.4 Bem de família voluntário: valores mobiliários ... 226
6.6.5 Bem de família legal: proteção dos bens móveis ... 226
6.7 Alimentos ... 226
6.7.1 Introdução ... 226
6.7.2 Princípios da obrigação alimentar ... 227
6.7.3 Fontes da obrigação alimentar ... 228
6.7.4 Exoneração da obrigação alimentar ... 229
6.7.5 Atualização da dívida alimentar ... 229
6.8 Tutela e curatela ... 229
6.8.1 Tutela ... 230
6.8.2 Da escusa dos tutores ... 231
6.8.3 Do exercício da tutela ... 231
6.8.4 Da prestação de contas do tutor ... 232
6.8.5 Da cessação da tutela ... 232
6.8.6 Curatela ... 232
6.8.7 Curatela dos nascituros ... 233
Questões ... 233

Direito das Sucessões ... 239

7.1 Aspectos gerais ... 239
7.2 Espécies de sucessão ... 240
7.3 Lugar da abertura da sucessão ... 240
7.4 Representação legal na sucessão ... 241
7.5 Característica da herança ... 241

7.6 Cessão de direitos hereditários ... 241
7.7 Instauração do inventário ... 242
7.8 Capacidade para suceder ... 242
7.9 Aceitação da herança ... 242
7.10 Renúncia da herança ... 243
7.11 Herança jacente ... 244
7.12 Da petição de herança ... 244
7.13 Ordem de vocação hereditária ... 245
7.14 Herdeiros legítimos ... 245
7.15 Sucessão dos descendentes ... 246
7.16 Sucessão do cônjuge ... 246
7.17 Sucessão dos ascendentes ... 247
7.18 Sucessão na união estável ... 247
7.19 Do direito de representação ... 248
7.20 Da indignidade ... 249
7.21 Testamento ... 249
7.22 Codicilo ... 250
7.23 Legado ... 250
7.24 Das substituições ... 251
7.25 Da deserdação ... 252
7.26 Do inventário ... 253
7.27 Dos sonegados ... 253
7.28 Da colação ... 253
7.29 Da partilha ... 254
Questões ... 255

Referências ... 258

Apresentação

É com muita honra que apresentamos a Coleção OAB Nacional, coordenada por Fábio Vieira Figueiredo, Fernando F. Castellani e Marcelo Tadeu Cometti, que, tão oportunamente, é editada pela Saraiva, com o objetivo de servir de diretriz a bacharéis que pretendem submeter-se ao exame de habilitação profissional em âmbito nacional.

Esta Coleção primorosa diz respeito às duas fases do exame da OAB: A) A **1ª fase** contém uma parte teórica e outra destinada a exercícios de múltipla escolha, abrangendo doze matérias divididas nos seguintes volumes: 1. *Direito civil*, sobre o qual discorrem Fábio Vieira Figueiredo e Brunno Pandori Giancoli; 2. *Direito processual civil*, tendo como co-autores Simone Diogo Carvalho Figueiredo e Renato Montans de Sá; 3. *Direito comercial*, aos cuidados de Marcelo Tadeu Cometti; 4. *Direito penal*, escrito por Luiz Antônio de Souza; 5. *Direito processual penal*, redigido por Flávio Cardoso de Oliveira; 6. *Direito e processo do trabalho*, confiado a André Horta Moreno Veneziano; 7. *Direito tributário*, de autoria de Fernando F. Castellani; 8. *Direito administrativo*, da lavra de Alexandre Mazza; 9. *Direito constitucional*, a cargo de Luciana Russo; 10. *Ética profissional e Estatuto da advocacia*, redigido por Marco Antônio de Macedo Jr. e Celso Coccaro; 11. *Direito internacional*, do qual se incumbiu Gustavo Bregalda Neves; e 12. *Direitos difusos e coletivos*, que tem por autores Luiz Antônio

de Souza e Vitor Frederico Kümpel. B) A 2ª fase aborda sete matérias, contendo uma parte doutrinária e outra destinada a peças processuais, dividida desta forma: 1. *Direito civil*; 2. *Direito do trabalho*; 3. *Direito tributário*; 4. *Direito penal*; 5. *Direito empresarial*; 6. *Direito constitucional*; e 7. *Direito administrativo*.

Cumpre dizer que os autores foram criteriosamente selecionados pela experiência que têm, por serem professores atuantes em cursos preparatórios para o exame de OAB e profundos conhecedores não só da matéria por eles versada como também do estilo de provas de cada banca examinadora. Todos eles, comprometidos com o ensino jurídico, procuraram, de modo didático e com objetividade e clareza, apresentar sistematicamente os variados institutos, possibilitando uma visão panorâmica de todas as matérias, atendendo assim à necessidade de o candidato recordar as informações recebidas no curso de graduação, em breve período de tempo, levando-o a refletir, pois a forma prática de exposição dos temas abre espaço ao raciocínio e à absorção dos conceitos jurídicos fundamentais, dando-lhe uma orientação segura.

Pela apresentação de um quadro devidamente programado, pela qualidade da análise interpretativa dos institutos pertencentes aos vários ramos jurídicos, pela relevância dada à abordagem prática, pelo aspecto nitidamente didático e pela objetividade, esta Coleção, que, em boa hora, vem a lume, será de grande importância aos que pretendem obter habilitação profissional e a toda a comunidade jurídico-acadêmica, por traçar os rumos a serem trilhados na prática da profissão.

São Paulo, 18 de abril de 2008.

Maria Helena Diniz

Prólogo: premissas de sustentação do discurso

Fábio Vieira Figueiredo

O Código Civil de 1916, como bem elucida Gustavo Tepedino (2001, apresentação), era fruto das doutrinas individualista e voluntarista, consagradas pelo Código Napoleônico, incorporado pelas codificações do século XIX. Era calçado no Estado Liberal, que teve origem com a Revolução Francesa (1789), que procurou "democratizar" a propriedade, por intermédio de três princípios basilares, quais sejam: liberdade, igualdade e fraternidade.

A Revolução Francesa foi um "grito" pela liberdade. O nascimento do Estado Liberal. No entanto, o Código Napoleônico, em que pese sustentado pelos preceitos de liberdade, igualdade e fraternidade, mostrou-se exacerbadamente preocupado com a liberdade ampla e irrestrita de contratação e o direito de propriedade. Contemplava, assim, um direito essencialmente patrimonialista.

A preocupação da burguesia francesa era condensar as atitudes estatais, gerar o Estado mínimo. Buscaram isso esmiuçando ao máximo as várias relações patrimoniais e contratuais possíveis (escola da exegese) e, portanto, a máxima liberdade de contratação.

As duas grandes guerras mundiais fizeram que o mundo conhecesse as atrocidades de que a mente humana perturbada, com sede de "poder", é capaz. Sem sombra de dúvida, tais passagens

históricas marcaram e marcarão a humanidade para o resto de sua existência e, juntamente com o desenvolvimento dos direitos sociais, impulsionaram uma "virada" no modo patrimonialista de lidar com as relações privadas.

Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), disposta após o advento da Segunda Grande Guerra, a humanidade passou a ter como foco principal do ordenamento social o homem, mais precisamente, o direito à dignidade da pessoa humana que, como bem assevera Carlyle Popp (1999, p. 168), deve ser o norte interpretativo de todo o sistema normativo constitucional ou infraconstitucional; assim, referida declaração passou a ser o centro emanador de valores, inclusive para o direito privado.

Após a Declaração, houve uma "corrida" pela constitucionalização dos direitos humanos que visou ao resguardo e à certeza de que jamais a humanidade assistiria novamente àquelas terríveis cenas da guerra. O que ocorreu, então, foi uma ruptura com a antiga matriz organizacional do sistema, que era patrimonialista. Este fenômeno, esta nova visão, é chamada, por Karl Larenz (1978, p. 44-46), de personalismo ético.

Os valores maiores do ordenamento jurídico privado passaram a ter o homem e não mais o patrimônio como seu centro de atuação (antropocentrismo jurídico). O ordenamento reconheceu que o direito deve ser voltado para a sociedade, mais precisamente para o homem, visando proteger sua dignidade, ou melhor, sua existência digna. Clarificou-se que o Direito não existe sem o homem, e o homem, por sua vez, roga pela regulação dos fenômenos sociais, como forma de evitar a ruptura do Estado de Sociedade. Ora, o valor maior a ser protegido passa a ser a *existencialidade*, mais do que isso: *a existência digna do ser humano*.

O que se assiste, assim, é ao fenômeno da despatrimonialização do direito privado, pois os valores maiores de proteção são existenciais. Isto não significa, como lembra Pietro Perlingieri, que o direito privado deixou de regular as situações patrimoniais ou que o caráter patrimonial do Direito Civil tenha sido reduzido, e sim que há uma

mudança de foco quanto aos valores. O grande valor a ser protegido passa a ser a existência, acima disso, a existência digna do ser humano (PERLINGIERI, 1999). Tal preceito, em nosso ordenamento constitucional, encontra-se no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal e, sob a atuação conjunta com a acolhida da igualdade substancial pelo sistema constitucional (art. 3º, III, da CF), só vem a somar, para conferir ao direito pátrio os ares de existencialidade e, por via de conseqüência, de socialidade.

Flórez-Valdes (1991, p. 52) assevera que nunca se viu, como hoje, a exaltação dos direitos da personalidade, a máxima proteção da dignidade da pessoa humana, a rigidez e seriedade com que se trata o direito de família, o que reforça uma proteção muito mais existencial do que patrimonial para o homem.

Desta feita, apresentou-se como insustentável a admissão de uma igualdade meramente formal, tal qual preceituada pelos liberais. Com isso, os princípios da Revolução Francesa, durante muitos anos sustentáculos do direito privado, rogam por releitura que lhes torne aplicáveis à realidade presente. A noção de igualdade passou a ser substancial, consistindo, como bem assevera Ruy Barbosa (*Oração aos moços*, p. 401-448, t. II), a verdadeira igualdade, no tratamento desigual dos desiguais na exata proporção de suas desigualdades.

Ante a reformulação dos valores, mister de igualdade, justiça e incursão do valor de dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado e do aspecto solidarista que consubstancia nosso moderno objetivo republicano (art. 3º, I, da CF), molas-mestras e vigas de sustentação de todo o ordenamento jurídico, surge uma nova ótica para o estudo do Direito Civil, ou seja, o Direito Civil passa a rogar por uma nova leitura fundada no Texto Maior que veio informado por tais preceitos.

Esta nova tônica do Direito Privado, ou seja, a nova leitura feita, é o que se denomina Direito Civil Constitucional. Referida leitura do Direito Privado é essencial, pois nos Códigos não estão mais os reflexos dos axiomas maiores do ordenamento, e sim,

como asseverado alhures, nas Constituições; em outras palavras, o que se depreende é que os valores maiores do Direito Privado ascenderam às Constituições.

Ainda em sede introdutória, devemos asseverar o exame de artigos do Código Civil que entendemos como vetores de interpretação do moderno Direito Privado. Ou seja, são verdadeiras *cláusulas gerais do direito civil*. São artigos que funcionam como veículos introdutores de princípios na legislação, sobre os quais recomendamos detida atenção do examinando. A compreensão efetiva, portanto, destes seis artigos poderá contribuir em muito com a aprovação, na medida em que auxiliará nas questões de direito civil. São eles os arts. 112, 113, 114, 421, 422 e 423 do Código Civil.

O art. 112 do Código Civil dispõe: "Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem". Perceba que o artigo traz consigo o princípio da *intencionalidade nas relações negociais*. Desse modo, em todo e qualquer negócio jurídico, valerá mais a intenção das partes do que o sentido literal, ou seja, do que aquilo que se encontra reduzido a termo. A dicção do artigo já podia ser encontrada no Código Civil de 1916 (antigo art. 85); contudo, é de notar que não se revestia dos caracteres da dignidade, solidarismo e socialidade, como hoje se vê. Assevere-se, ainda, a dicção do art. 183 do Código Civil, que denota o menoscabo à formalidade em privilégio da intenção negocial: "A invalidade do instrumento não induz a do negócio jurídico sempre que este puder provar-se por outro meio". Tais formas não se confundem com a reserva mental, portanto. Não basta que o agente negocial tenha guardado para si intenção diversa daquela disposta no negócio para que, depois, venha, com fundamento no art. 112, intentar alteração do negócio, uma vez que o art. 110 do Código Civil é expresso: "A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento".

O art. 113 determina que: "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração". A boa-fé, percebe-se, é elemento ínsito à relação privada, tanto é assim que a interpretação geral de todo e qualquer negócio roga pela boa-fé. Além disso, como o homem se faz e faz pelo seu meio, nada mais adequado do que afetar a interpretação do negócio aos usos do lugar de sua celebração. Há que se asseverar, ainda, que o direito civil não nasce na lei. Não há uma norma constitucional ou codificada inaugural sobre a matéria de Direito Privado. Como bem elucida Péricles, em conversa com Alcibíades, registrada por Xenofonte, a lei é "a expressão da vontade do povo" (BARBOSA, p. 401-448, t. II).

O art. 114 do Código Civil dispõe: "Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente". O negócio jurídico benéfico é gratuito; apenas uma das partes aufere efetiva vantagem; é nessa medida que, por critério de justiça, tais negócios devem ser interpretados de maneira restritiva. É assim, pois, que, por exemplo, é dispensável a disposição do art. 94 do Código Civil ("Os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso"), quando estivermos tratando de doação, pois que, sendo interpretada a doação pura de maneira restritiva, por ser negócio benéfico, não caberia tratar da presunção de que as pertenças tenham integrado o negócio (a doação) havido com o bem principal. Do mesmo modo, devem ser interpretados de maneira restritiva os atos de renúncia. Assim é que, como regra, todo e qualquer ato de renúncia (ex.: renúncia quanto a credor, de doação, de herança, de benefício de solidariedade etc.) deve ser interpretado de forma restritiva.

O art. 421 do Código Civil determina que: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". Trata-se de claro freio à liberdade ampla e irrestrita de contratação. É forma de equalização contratual na medida em que impede o voluntarismo desenfreado, impede as situações de van-

tagens desmesuradas por uma parte mais forte sobre a parte mais fraca na relação contratual, seja ela qual for. Ao mesmo tempo em que cuida para que o contrato não seja socialmente catastrófico fora dos limites da relação, a função social comporta entendimento interno (entre as partes do contrato) e externo (os efeitos do contrato sobre a coletividade).

O art. 422 do Código Civil reza: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". A boa-fé deverá ser analisada de maneira objetiva, em cada relação negocial. Os ditames da boa-fé devem ser seguidos desde o momento das negociações preliminares, sondagens e discussões, devem permanecer durante o cumprimento do contrato e, cumprido o contrato, devem, ainda assim, permanecer, sob pena de agressão à ordem pública, aos anseios do regime jurídico. A probidade comporta deveres que têm de ser ínsitos a uma relação humana, tais como: solidariedade, cooperação, informação, veracidade, sinceridade e outras situações socialmente atestáveis de uma conduta dotada de lisura no trato civil.

O art. 423 do Código Civil prescreve: "Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente". A situação, aqui, é de aplicação de justiça. No contrato por adesão, uma das partes apenas aceita os termos, não tendo, assim, possibilidade de discussão das disposições, daí que, com toda a razão, em favor de referida parte, devem ser interpretadas as disposições que gerem conflito de interpretação.

Traçados, portanto, os ditames em que pretendemos calçar tudo quanto aqui será exposto, iniciamos com a breve análise da Lei de Introdução ao Código Civil.

1

Código Civil – Parte Geral

Fábio Vieira Figueiredo

1.1 Moral e direito

A idéia de que a moral se confundia com o direito foi desfeita durante a Idade Média, por volta do ano de 1713, em que ficou estabelecido:

- Moral: consciência individual;
- Direito: regras estabelecidas para buscar a paz exterior.

1.2 Classificação do direito

- Direito natural: corresponde ao sentimento de justiça inerente ao próprio ser humano. É a "expressão de princípios superiores ligados à natureza racional e social do homem" (BIANCA, 1984, p. 19).
- Direito positivo: é o conjunto de normas vigentes em determinado país.
- Direito público: destina-se a disciplinar interesses gerais da coletividade. Diz respeito à comunidade.
- Direito privado: é o conjunto de preceitos reguladores das relações dos indivíduos entre si.
- Direito nacional: consiste no ordenamento jurídico interno.
- Direito internacional: consiste no ordenamento jurídico externo.

1.3 Lei de Introdução ao Código Civil

1.3.1 Introdução

"A Lei de introdução não é parte integrante do Código Civil, constituindo tão-somente uma lei anexa para tornar possível uma mais fácil aplicação das leis. Estende-se muito além do Código Civil, por abranger princípios determinativos da aplicabilidade das normas, questões de hermenêutica jurídica relativas ao direito privado e ao direito público e por conter normas de direito internacional privado" (DINIZ, 2004, p. 3).

A norma, em princípio, deve ser clara. Sua feição deve ser simples, de tal forma que qualquer leigo possa entendê-la e não somente o operador do Direito. Outrossim, sempre deve existir uma norma jurídica para tutelar determinado direito. No entanto, percebemos que nem sempre isso ocorre.

Situações há em que não existem normas suficientes para a tutela de uma conduta específica. Por vezes, nem mesmo o operador do Direito é capaz de decifrar o objetivo real da norma. Nesses casos, a própria lei nos oferece instrumentos hábeis para podermos entender e aplicar a norma de forma adequada, conseguindo, assim, alcançar a justiça, acepção maior da palavra *Direito*.

Estes instrumentos de interpretação e de integração da norma podem ser encontrados na Lei de Introdução ao Código Civil. E não somente isso. O Decreto n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil – LICC), estabelece normas gerais de Direito, regras que permeiam todo o ordenamento jurídico e não somente a matéria Direito Civil, tais como: prazo de vacância da lei, irretroatividade da norma, revogação da lei etc.

1.3.1.1 Principais finalidades da LICC

a. regular vigência e eficácia normativas (art. 1º da LICC);
b. apresentar soluções para conflito de normas no tempo e no espaço (art. 2º da LICC);

c. extirpar a escusa por desconhecimento da lei (art. 3º da LICC);
d. apresentar meios para a integração suprindo as lacunas (art. 4º da LICC);
e. preservar situações consolidadas (art. 6º da LICC);
f. regular o Direito Internacional Privado brasileiro (art. 7º a 17º da LICC).

1.3.1.2 Interpretação das normas jurídicas

A interpretação é feita por intermédio das fontes do direito e de determinados *meios de interpretação*.

1.3.1.2.1 Fontes do direito

a. Lei (fonte autêntica): preceito jurídico escrito, emanado do poder estatal competente, com caráter obrigatório e generalizado.
b. Costume: é o uso geral, constante e notório de uma regra estabelecida pelo povo e não pelo poder estatal. É uma prática reiterada e uniforme de comportamento. São requisitos dos costumes, para que possam ser considerados fonte do direito: *continuidade, uniformidade, diuturnidade* (de longa duração), *moralidade* e *obrigatoriedade*. É a fonte precípua e primígena do direito.
c. Jurisprudência: é o conjunto de pronunciamentos do Poder Judiciário, em determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante e pacífico por parte dos Tribunais. Em tese, não se admite a jurisprudência *contra legem*, pois não se atribui função *legiferante* a um órgão jurisdicional.
d. Princípios gerais de direito: são diretrizes norteadoras de todo o ordenamento jurídico. Correspondem aos três princípios gerais já encontrados no direito romano: viver honestamente, dar a cada um o que é seu e não lesar o próximo.
e. Doutrina: reflexões dos estudiosos do direito. A doutrina fala da lei; é, portanto, metalinguagem do direito posto.

1.3.1.2.2 Meios de interpretação

A. *Quanto à natureza*:

a) Interpretação gramatical: perquire o significado literal das palavras da lei, aproxima-se da escola da exegese ou método exegético (*o juiz como a boca de lei*);
b) Interpretação lógica: examina o sentido das locuções e orações, dá-se pelo sentido de premissas e conclusão;
c) Interpretação histórica: indaga sobre as condições de meio e de momento da elaboração da norma legal, levando em conta os aspectos sociais, econômicos e políticos da nação no momento de subsunção do fato;
d) Interpretação teleológica: examina a finalidade da lei;
e) Interpretação sistemática: sempre que se escolhe um modelo interpretativo, cria-se um novo sistema; desse modo, sistema é método. A interpretação sistemática busca a intencionalidade objetiva do legislador por meio da conexão da norma interpretada com os demais elementos do sistema. Pode ser do capítulo em que se encontra o preceito, da lei, do ramo jurídico ou de todo o sistema.

B. *Quanto à extensão*:
a) Interpretação declarativa: é aquela cujo enunciado coincide com aquele que parece conter-se nas expressões;
b) Interpretação extensiva-ampliativa: é aquela em que a intencionalidade da norma resulta mais ampla do que a forma escrita;
c) Interpretação restritiva: é aquela cujo resultado se mostra menos amplo do que as expressões utilizadas pelo legislador.

1.3.2 Integração

A integração das normas jurídicas encontra apoio nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como no art. 127 do Código de Processo Civil, que trata sobre a eqüidade.

Integrar significa aplicar o sistema ao caso concreto. O sistema é hábil para a *integração direta*, isto é, para que a norma jurídica seja aplicada de imediato ao problema a ser solucionado. Porém, muitas vezes, o sistema se mostra insuficiente ou inadequado, ocasiões em que surge a necessidade da utilização dos meios de integração do direito: a *analogia*, os *costumes*, os *princípios gerais de direito* e a *eqüidade*.

Desse modo, quando se depara com situação em que deverá solucionar um caso e não encontra a norma que efetivamente deverá ser aplicada, tendo em vista a falta de conhecimento a respeito de um *status* jurídico de certo comportamento, em razão de uma falha do sistema, por exemplo, pela ausência de uma norma que efetivamente regule a situação ou porque, existindo a norma, ela é injusta ou está em desuso, o magistrado fica diante de uma lacuna. Nas referidas situações, competirá ao aplicador o desenvolvimento do sistema para que a situação tenha um deslinde lícito e justo; para tanto, será criada uma norma individual que, dentro dos limites propostos pelo sistema (arts. 4º e 5º da LICC), resolverá a situação (DINIZ, 2004, p. 93).

1.3.2.1 Analogia, costumes e princípios gerais de direito

A analogia consiste em aplicar a uma hipótese, não prevista em lei, disposição relativa a caso semelhante. Nesta situação, a analogia obedecerá a um esquema que levará em consideração não só a lei que regule um caso muito próximo, como, também, os princípios gerais de direito e os costumes, sendo entendidos como fontes do direito. São requisitos para a aplicação da analogia:

a. que o fato considerado não tenha sido especificamente objetivado pelo legislador (lacuna);
b. que haja um ponto de contato, relação de coincidência, entre a situação prevista e a não prevista em lei;
c. que o ponto comum tenha sido determinante na implantação da regra prevista pelo legislador.

A analogia poderá ser *legal* (quando extraída da própria lei) ou *jurídica* (quando extraída dos princípios gerais que disciplinam determinado instituto jurídico). Os *costumes*, que são também fontes do Direito, funcionam como meio de integração, desde que não

sejam contrários à moral e à ordem pública instalada. Além disso, são meios de integração, os *princípios gerais de direito*: viver honestamente, dar a cada um o que é seu e não lesar o próximo.

1.3.2.2 Eqüidade

Julgar de forma equânime significa julgar pautado na eqüidade, ou seja, no intento de aplicar a justiça ao caso concreto. É a adaptação de uma norma a uma relação de fato, em correspondência com a natureza da própria relação. A eqüidade, portanto, não é utilizada na omissão legislativa.

De acordo com Washington de Barros Monteiro (1993, p. 43), a norma é expedida para disciplinar determinada situação-tipo. Em certos casos, pode acontecer que sua aplicação dê lugar a conseqüências que se choquem com o nosso sentimento de justiça por situações que o legislador não previu, não deu conta. Surge, então, a oportunidade para a intervenção da eqüidade, temperando o julgador a severidade da norma.

Poderá o magistrado socorrer-se da eqüidade quando expressa em lei, consoante preleciona o art. 127 do Código de Processo Civil. São os casos, por exemplo, do juízo arbitral, da autorização que tem o juiz de regular, a bem do menor, as situações entre filhos e pais de maneira distinta daquela prevista na lei (art. 1.586); das ações de jurisdição voluntária; dos processos de competência dos juizados especiais.

1.3.3 Prazo de vacância da lei (*vacatio legis*)

É o prazo entre a publicação da lei e a sua vigência, necessário para o conhecimento da lei pelos administrados e sua adequação por parte da Administração. Durante esse período vigora a lei velha.

O prazo de *vacatio legis* é de 45 dias, mas o período de *vacatio legis* da lei brasileira no âmbito internacional difere da regra geral de 45 dias, por disposição legal expressa da Lei de Introdução ao Código Civil, senão vejamos: "Art. 1º Salvo disposição contrária, a

lei começa a vigorar em todo o País 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada. § 1º Nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia 3 (três) meses depois de oficialmente publicada" (*vide* Lei n. 2.145/53).

A lei pode, contudo, estabelecer prazo distinto, como ocorreu com o Código Civil (Lei n. 10.406/2002), que teve *vacatio legis* de um ano, depois da publicação.

Seja como for, a forma de contagem do referido prazo vem expressa na lei: "A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subseqüente à sua consumação integral" (LC n. 107/2001).

Além disso, é de notar que, consoante dispõe o art. 1º, § 4º, da LICC, as correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova, bem como as correções a texto ainda não em vigor (art 1º, § 3º, da LICC), ambas situações em que se reinicia a contagem da *vacatio legis*.

1.3.4 Revogação da lei

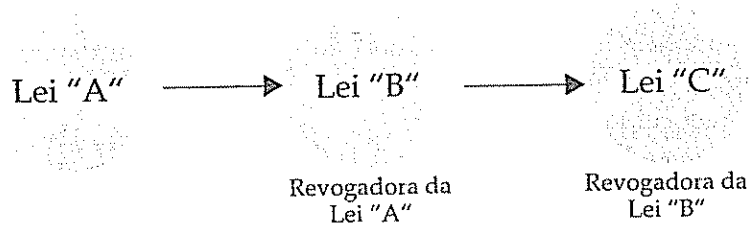
a. Tácita: ocorre quando existe incompatibilidade entre a matéria estabelecida pelas leis ou quando a lei nova regula toda a matéria.
b. Expressa: estabelecida expressamente pela lei.
c. Total: ab-rogação ou revogação.
d. Parcial: derrogação.

Quanto à revogação, importa, ainda, salientar que, ocorrendo revogação por conta de correção de lei já existente, ter-se-á uma lei nova (art. 1º, § 4º, da LICC).

Importante destacar que a lei revogada por outra lei não volta a ter validade, quando uma terceira lei revoga aquela que já foi revogadora, salvo disposição legal em contrário. Este fenômeno pelo qual a lei revogada volta a ter vigência com a revogação da Lei revogadora chama-se *repristinação* e é vedado pelo Direito pátrio.

Assim, conforme o art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil: "Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor

até que outra a modifique ou revogue (...). § 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência". Assim, podemos traçar o seguinte quadro:



Obs.: Em casos como este, portanto, o fato de a Lei "C" ter revogado a Lei "B" que, por sua vez, revogou a Lei "A", não faz que, automaticamente, a Lei "A" se restaure.

Não há que se falar em efeito repristinatório automático. Como se sabe, a norma pode voltar a ter eficácia, mesmo depois de revogada em situações excepcionais, contudo, de maneira automática a denotar a pura repristinação não pode se dar (art. 2º, § 3º, da LICC).

Contudo, uma ressalva há que ser feita. É que o efeito repristinatório, seja ele automático ou não, tão combatido por expressa vedação do art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil (DL n. 4.657/42), realmente não pode ocorrer nos casos de revogação de uma lei.

Assim, temos que a lei revogada não volta a ter vigência com a revogação da lei que a revogou. Esta assertiva é correta, visto que tratamos aqui de direito intertemporal, matéria que envolve aplicação da Lei de Introdução. No entanto, em casos de declaração de inconstitucionalidade, teremos de lançar mão, sob comando da própria Lei de Introdução, em vista do princípio da especialidade, da Lei n. 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Sendo assim, poderá haver, em casos específicos, quais sejam, os de declaração de inconstitucionalidade, o efeito repristinatório automático, como disposto pelo art. 11, § 2º, da Lei n. 9.868/99.

"Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.
§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.
§ 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário".

1.3.5 Irretroatividade da lei

A lei sempre disciplinará fatos futuros. Não se edita lei nova visando disciplinar os fatos pretéritos. Portanto, a lei nova resguarda os seguintes institutos:

a. ato jurídico perfeito: aquele realizado segundo as normas jurídicas de seu tempo. Fato consumado;
b. coisa julgada: decisão judicial da qual não cabe recurso;
c. direito adquirido: fato gerador de direito já acontecido.

1.4 Código Civil – Parte Geral

1.4.1 Princípios que regem o Código Civil

1) Eticidade: a aplicação do princípio da eticidade no direito civil quer significar a superação do formalismo jurídico, primando pela objetividade, fazendo-se, assim, um modelo jurídico hermenêutico que privilegie efetivamente a boa-fé.
2) Socialidade: advém do princípio social de justiça. A verdadeira igualdade está no tratamento desigual aos desiguais na proporção e medida de sua desigualdade. O tratamento com vistas e guiado à socialidade denota uma evolução do Direito Civil que retrata institutos efetivamente funcionalizados. A função social ou o seu reconhecimento é o ponto de partida para a evolução do Direito Civil neste século.

3) Operabilidade: apresentação de soluções interpretativas que pragmatizam a aplicação da norma. Ex.: a distinção entre prescrição e decadência.

1.4.2 Das pessoas

1.4.2.1 Conceito

A palavra *pessoa* deriva do latim, traduzindo a idéia de *soar com intensidade*, pois tinha por significado a máscara que os atores romanos utilizavam para engrossar a voz com a finalidade de fazer o público ouvi-los, entendê-los (GOMES, 2006, p. 137).

Personae = per + sonare = soar com intensidade

A referida expressão foi adotada na Idade Média para designar o papel desenvolvido pelo ser humano enquanto ator de sua própria vida, como atuante no teatro da vida jurídica.

Do ponto de vista jurídico, pessoa é sujeito de direitos e deveres, ente capaz, portanto, de adquirir direitos e contrair deveres, podendo, ainda, ser física (ente físico) ou jurídica (ente moral, ficção jurídica).

1.4.2.2 Pessoa física

1.4.2.2.1 Personalidade jurídica

"As teorias sobre o início da personalidade podem ser sumariamente descritas como a de que se inicia com o nascimento; a que se inicia na concepção; e a do nascimento com vida viável" (LOTUFO, 2003, p. 89, parte geral). O Código Civil deixou claro que optou pelo nascimento com vida, pois, conforme o art. 2.: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida".

Desse modo, a personalidade civil (jurídica), ou seja, a aptidão genérica para ser sujeito de direitos e deveres, a efetiva proteção da pessoa, se dá com o nascimento com vida, adquirindo-se direitos e contraindo-se deveres (art. 2º do CC). O nascimento com vida ocorre com a presença de ar nos pulmões, mas a lei põe a salvo, desde a

concepção, os direitos do nascituro. *Nascituro* é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno; será ele, então: a) titular de direitos personalíssimos (como o direito à vida); b) donatário (pode receber doação, desde que haja aceitação de seu representante legal – art. 542 do CC); c) legatário ou herdeiro (art. 1.798 do CC); d) titular de direito a alimentos.

O Enunciado 1, aprovado na *I Jornada de Direito Civil* do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em setembro de 2002, afirmou que "a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos de personalidade, tais como o nome, imagem e sepultura".

É, pois, a partir do nascimento com vida que o ser humano se torna pessoa para o direito, adquirindo personalidade jurídica, independentemente de sexo, cor, raça, estado de saúde ou nacionalidade.

Como está intimamente ligado à concepção de duração de vida, tanto é que a ela se vincula o surgimento da personalidade, o fim da personalidade natural termina com o fim da vida, ou seja, a morte. Até mesmo porque, com a morte, a existência da pessoa termina.

Vida: cria direitos e deveres
Morte: extingue direitos e deveres

1.4.2.2.2 Capacidade civil

Todo ser humano é dotado de personalidade jurídica. A personalidade está intimamente ligada à capacidade das pessoas. São elementos que se completam. Portanto, capacidade de gozo ou de direito confunde-se com a personalidade jurídica e é inerente a qualquer ser humano, não podendo ser-lhe recusada.

Pessoa é o ente a quem a ordem jurídica confere poderes. A capacidade é a aptidão para adquirir direitos ou exercê-los, por si ou por outrem. O conjunto desses poderes é a personalidade jurídica, sendo a capacidade elemento da personalidade.

A regra, portanto, é a capacidade. A incapacidade é exceção. A primeira exprime poderes ou faculdades, sendo a personalidade

resultante desses poderes. A incapacidade civil é a restrição ao poder de agir e, pela característica de restrição, vem expressamente prevista em lei, podendo ser absoluta ou relativa.

A incapacidade será absoluta quando houver proibição total do exercício do direito, acarretando a nulidade do ato quando praticado pelo próprio incapaz.

Incapacidade absoluta:

São absolutamente incapazes, consoante o art. 3º do Código Civil:

I – os menores de 16 anos;
II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; e
III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade

A incapacidade será relativa quando a pessoa afetada puder praticar certos atos da vida civil, ainda que estes sejam praticados por terceiros. São incapazes relativamente, conforme o art. 4º do Código Civil:

Incapacidade relativa:

São relativamente incapazes, nos termos do art. 4º do Código Civil:

I – os maiores de 16 e menores de 18 anos;
II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
III – os excepcionais sem desenvolvimento mental completo; e
IV– os pródigos.

O pródigo é aquele que dilapida seu patrimônio. Até mesmo o nosso direito anterior já restringia a capacidade daquele que, desordenadamente, dilapidava os seus bens ou patrimônio, fazendo gastos excessivos ou anormais, mandando que fosse apregoado o seu estado, para que ninguém fizesse qualquer negócio com ele (DINIZ, 1, 2007, p. 167-168). A incapacidade deve ser judicialmente decretada a pedido do cônjuge ou familiar. Nos termos do art. 1.782 do Código Civil, "a interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração".

A capacidade dos índios será regulada por legislação especial, diz o parágrafo único do art. 4º do Código Civil, remetendo, portanto, a situação para o art. 9º da Lei n. 6.001/73 (Estatuto do Índio).

1.4.2.2.3 Cessação da incapacidade

Em regra, cessa a incapacidade quando cessar sua causa. O art. 5º do Código Civil reza, sobre a cessação da incapacidade, da maneira que segue:

"A menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I – pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver 16 (dezesseis) anos completos; II – pelo casamento; III – pelo exercício de emprego público efetivo; IV – pela colação de grau em curso de ensino superior; V – pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com 16 (dezesseis) anos completos tenha economia própria".

São, assim, formas de *cessação da incapacidade*:

a. **Voluntária:** os pais emancipam o menor entre dezesseis e dezoito anos (art. 5º, parágrafo único, I, do CC).
b. **Judicial:** cessa a incapacidade do tutelado a pedido do tutor. O pedido deve ser formulado em via judicial.
c. **Legal:** casamento, emprego público, colação de grau em nível superior, estabelecimento comercial ou emprego que lhe dêem a possibilidade de economia própria.

1.4.2.2.4 Individualização da pessoa natural

São três as formas de individualização da pessoa natural: nome, estado e domicílio.

1.4.2.2.4.1 *Nome*

É um dos mais importantes atributos da pessoa natural, pois individualiza o ser humano. Constitui-se por dois *elementos necessários*:

a. prenome: "nome" próprio do indivíduo, que pode ser *simples* (ex.: Pedro) ou *composto* (ex.: Pedro Paulo); e
b. sobrenome: apelido da família. Indica a procedência da pessoa e a sua filiação. Pode decorrer de sobrenome materno, sobrenome paterno ou da conjunção dos dois.

Facultativamente, o nome poderá ser composto pelo *agnome* e pela inserção de *alcunha*:

a. agnome: terminação distintiva do sobrenome. O agnome individualiza a pessoa dentro de seu grupo familiar. Ex.: Filho, Júnior, Neto.
b. alcunha: é a designação dada a alguém levando em consideração determinadas situações particulares; é um apelido. Ex.: Gugu, Xuxa, Zico.

O direito ao nome ocorre mediante o registro civil quando do nascimento da criança. Em princípio, o nome não pode ser alterado, mas sua modificação é admitida em algumas hipóteses, conforme regulado pela Lei de Registros Públicos e pelo Código Civil.

O nome constitui, assim, direito de personalidade protegido pelos arts. 11 a 21 do Código Civil. Desse modo, a regra é que *o nome é inutável*; no entanto, em hipóteses muito especiais, ou seja, extraordinárias, o nome poderá ser alterado.

É nesse sentido que dispõe o art. 57 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73), senão vejamos: "Qualquer alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa. § 1º Poderá, também, ser averbado, nos mesmos termos, o nome abreviado, usado como firma comercial registrada ou em qualquer atividade profissional".

Será possível a alteração do nome quando ocorrer:

a. Exposição ao ridículo: são situações em que a pessoa passa por constrangimento ou tem abalos emocionais por força do nome que utiliza. O Oficial de Registro não deve fazer o registro de referidos nomes. Contudo, se o fizer, haverá, ainda, a possibilidade de pleito judicial por parte do interessado para sua alteração.

"Art. 55. Quando o declarante não indicar o nome completo, o oficial lançará adiante do prenome escolhido o nome do pai e, na falta, o da mãe, se forem conhecidos e não o impedir a condição de ilegitimidade, salvo reconhecimento no ato. Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente" (Lei de Registros Públicos – grifo nosso).

b. Erro gráfico evidente. O erro gráfico evidente também não é admitido pela Lei de Registros Públicos.

"Art. 59. O prenome será definitivo. Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público."

c. Uso prolongado e constante de nome diverso daquele que figura no registro. Pode ser que a pessoa seja conhecida e reconhecida por nome diverso daquele constante em seu registro. Nestes casos, o outro nome passa a fazer parte de sua personalidade, compondo-a juntamente com outros atributos. Por tal motivo, são situações em que se tem entendido pela possibilidade de alteração no nome.
d. Primeiro ano após a maioridade. A Lei de Registros Públicos é expressa ao possibilitar que toda e qualquer pessoa no primeiro ano após a maioridade civil possa alterar o nome.

"Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa."

e. Inclusão de alcunha. Temos diversos casos conhecidos, como Xuxa e Pelé. Trata-se de situações em que a alcunha compõe a personalidade da pessoa, situações em que, portanto, o nome poderá ser alterado com a inclusão da alcunha.
f. Homonímia. É possível, para a prevenção de dissabores, danos ou prejuízos a interesses personalíssimos que visem à preser-

vação da integridade moral e intelectual da pessoa que, quando exposta a situações vexatórias por ter um homônimo, tenha a prerrogativa, através da tutela jurisdicional, de modificar seu nome, com fulcro na cláusula geral do art. 12 do Código Civil, com vistas a espancar a possibilidade de lesões aos seus interesses pessoais.

g. Adoção. Nos casos de adoção o próprio Código Civil traz disposição expressa.

"Art. 1.627. A decisão confere ao adotado o sobrenome do adotante, podendo determinar a modificação de seu prenome, se menor, a pedido do adotante ou do adotado."

h. Tradução.

i. Mudança de estado familiar individualizador (casamento, separação, divórcio e união estável). Conforme as regras diversas previstas no Código Civil.

1.4.2.2.4.2 *Estado*

É o modo particular de existir de cada um. Divide-se em estado individualizador individual, familiar e político.

a. Individual: idade – sexo – saúde;
b. Familiar: vínculo conjugal – parentesco por consangüinidade – parentesco por afinidade;
c. Político: nacional (nato ou naturalizado) – estrangeiro.

1.4.2.2.4.3 *Domicílio*

É o local onde se permanece com ânimo definitivo. Seu conceito reúne dois elementos: psicológico (vontade) e físico (residência) Pode ser:

a. voluntário: fixado de maneira livre;
b. [illegible]: estabelecido em contrato;
c. necessário ou legal: tem como domicílio necessário a casa dos pais, tutores ou curadores os menores e os interditos. O domicílio necessário é aquele que é estabelecido por lei ou judicialmente e terão domicílio necessário: o incapaz, o servidor público, o militar, o marítimo e o preso, consoante o art. 76 do Código Civil;
d. plural: o domicílio poderá, também, ser plural, desde que a pessoa tenha várias residências onde alternadamente viva. Conforme disposição expressa do art. 71 do Código Civil.

A pessoa natural que não tenha residência habitual e viva, alternadamente, por exemplo, em Santos, Maceió e São Paulo, terá domicílio em qualquer destes lugares em que for encontrada, consoante prevê expressamente o art. 73 do Código Civil: "Ter-se-á por domicílio da pessoa natural, que não tenha residência habitual, o lugar onde for encontrada". O agente diplomático, por sua vez, que, citado no estrangeiro, alega extraterritorialidade, sem designar onde tem, no país, o seu domicílio, poderá ser demandado no Distrito Federal ou no último ponto do território brasileiro onde o teve (art. 77 do CC).

1.4.2.2.5 Extinção da personalidade jurídica da pessoa natural

A personalidade se extingue com a morte.

Um profissional de medicina deve atestar a morte, ficando ressalvada a possibilidade de duas pessoas qualificadas o fazerem como testemunhas, verificando a morte, se faltar o especialista, sendo o fato levado ao registro, nos termos dos arts. 77 e 78 da Lei n. 6.015/73 (LRP), cuja prova se faz por meio da certidão extraída do assento de óbito.

A personalidade civil inicia com a vida e termina com a morte, em regra, aliás, com a morte efetiva. No entanto, em alguns casos, o Código Civil cria uma ficção jurídica visando não prejudicar os direitos de terceiros e, nestes casos, a morte poderá ser presumida e, assim, extinta a personalidade. O art. 7º do Código Civil elenca as situações e condições para que seja lícita a presunção de morte. Vejamos:

"I – se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II – se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até 2 (dois) anos após o término da guerra. Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá

ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento".

Assim, temos duas hipóteses de *morte presumida*. A primeira trata da probabilidade extrema de morte daquele que se encontre em perigo de vida (art. 7º, I, do CC) e a segunda trata do desaparecido em campanha de guerra ou feito prisioneiro, caso não seja encontrado até dois anos após o término da guerra (art. 7º, II, do CC). A sentença declaratória de morte presumida deverá ser inscrita em registro público, de forma a dar publicidade ao acontecimento (art. 9º, IV, do CC).

Temos, ainda, a hipótese de morte simultânea ou comoriência (art. 8º do CC). Cuida-se de uma presunção *juris tantum*, segundo a qual se determina a morte simultânea daqueles que falecem na mesma ocasião, podendo ser ilidida por prova que estabeleça a precedência da morte de um dos envolvidos.

1.4.2.2.6 Ausência das pessoas naturais

Ausente é aquele que desaparece de seu domicílio sem se ter notícias de seu paradeiro. Não basta, portanto, que apenas não esteja presente; deve-se não se ter notícias da pessoa para que reste caracterizada a ausência.

As fases da situação de ausente são as seguintes:

a. Declaração da ausência e curadoria dos bens: o patrimônio do desaparecido não pode restar *acéfalo*. Desse modo, a requerimento dos interessados (cônjuge, companheiro, parente sucessível) ou do Ministério Público, o Poder Judiciário reconhecerá tal circunstância, com a declaração de ausência, nomeando curador, que passará a gerir os negócios do ausente até o seu eventual retorno, mediante arrecadação de seus bens (art. 1.160 do CPC). Destacamos que os efeitos são patrimoniais; não se trata de uma declaração de morte, mas sim de ausência. A curadoria cessará: com o comparecimento do ausente (ou representante); com a certeza da morte do ausente; ou com a abertura da sucessão provisória. A nomeação seguirá a ordem seguinte: 1) o cônjuge

(também o companheiro), se não houver se separado judicialmente, ou de fato, por mais de dois anos antes da declaração de ausência; 2) pais do ausente (genitores); 3) descendente, preferindo os mais próximos aos mais remotos; 4) qualquer pessoa à escolha do magistrado.

b. Sucessão provisória: decorrido um ano da arrecadação dos bens do ausente (art. 26 do CC), ou se ele deixou representante ou procurador, hipótese que se limita à previsão do art. 23 do mesmo diploma, em se passando três anos, poderão os interessados requerer que se abra provisoriamente a sucessão.

c. Sucessão definitiva: tratamos aqui da dicção expressa do art. 37 do Código Civil: "Dez anos depois de passada em julgado a sentença que concede a abertura da sucessão provisória, poderão os interessados requerer a sucessão definitiva e o levantamento das cauções prestadas". E, neste caso, levamos em conta a sucessão provisória concedida em sentença judicial; contudo, mesmo sem a sentença de sucessão provisória, por vezes será possível a declaração de sucessão definitiva, como prescreve o art. 38 do mesmo diploma: "Pode-se requerer a sucessão definitiva, também, provando-se que o ausente conta 80 (oitenta) anos de idade, e que de 5 (cinco) datam as últimas notícias dele".

1.4.2.3 Direitos da personalidade

Durante muito tempo discutiu-se a possibilidade de admissão e, sobretudo, modo de admissão dos direitos da personalidade, pois, para muitos, seria impossível resguardar um direito em que sujeito e objeto se confundissem. Como se vê, tal discussão encontra-se, hoje, superada, uma vez que temos, nos arts. 11 a 21 do Código Civil vigente, bem como nos direitos fundamentais da Constituição Federal, contemplados os princípios fundamentais dos direitos da personalidade.

Foi em razão da tendência antropocentrista do Direito, já explanada no prólogo, que os direitos da personalidade foram ganhando força e rigidez.

Foi com a Declaração Universal dos Direitos Humanos que, de fato, os direitos da personalidade tiveram destaque. Tais direitos constituem uma construção recente, fruto de doutrinas germânica e francesa da segunda metade do século XIX (sobre o assunto, ler: LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*: parte geral, p. 48; MATTIA, Fabio Maria de. *Direitos da Personalidade II*. Enciclopédia Saraiva, p. 150 e TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*, p. 24).

Os direitos da personalidade têm como principal arrimo constitucional o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF): *uma cláusula geral* que determina a existência digna de todo o ser, uma existência que propicie o desenvolvimento da personalidade do ser humano. São direitos, portanto, que se fundam em positividade.

Os direitos de personalidade, em que pese de maneira bem tímida, estão disciplinados no Código Civil, nos arts. 11 a 21. O art. 12 traça *o direito geral de proteção à personalidade*: "Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau" (art. 12).

Em regra, são proibidos, por implicarem afronta aos direitos de personalidade, as utilizações de voz, nome, imagem ou qualquer exposição vexatória da pessoa humana. Assim é que atributos personalíssimos como o nome e a imagem não podem ter utilização que exponha a pessoa ao desprezo público ou com fins comerciais, neste último caso, salvo com expressa autorização da pessoa (arts. 16 e ss. do CC).

Desse modo, qualquer tentativa de lesão aos direitos da personalidade pode ser coibida com fundamento legal. Consoante o Enunciado 5 da CJF: "Arts. 12 e 20: 1) as disposições do art. 12 têm caráter geral e aplicam-se inclusive às situações previstas no art. 20,

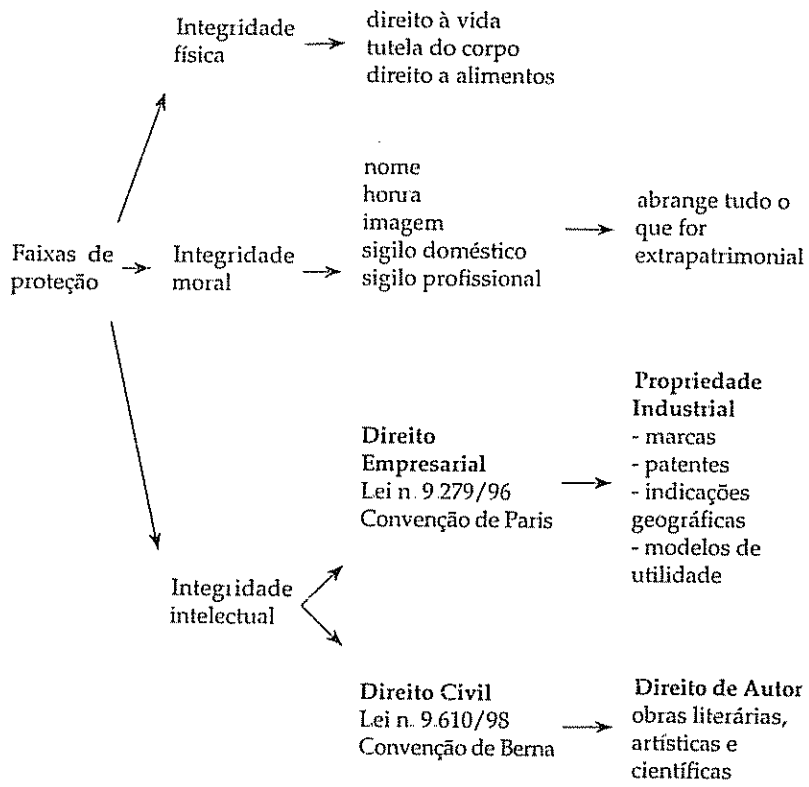
excepcionados os casos expressos de legitimidade para requerer as medidas nele estabelecidas; 2) as disposições do art. 20 do novo Código Civil têm a finalidade específica de regrar a projeção dos bens personalíssimos nas situações nele enumeradas. Com exceção dos casos expressos de legitimação que se conformem com a tipificação preconizada nessa norma, a ela podem ser aplicadas subsidiariamente as regras instituídas no art. 12" (Enunciado aprovado na I Jornada de Direito Civil da CJF/Justiça Federal – set. 2002). E, ainda, o Enunciado 140 da III Jornada: "Art. 12: A primeira parte do art. 12 do Código Civil refere-se às técnicas de tutela específica, aplicáveis de ofício, enunciadas no art. 461 do Código de Processo Civil, devendo ser interpretada com resultado extensivo".

Dentre os direitos da personalidade, destacam-se a vida, a liberdade, a honra, o nome e a imagem. São, portanto, faixas de proteção dos direitos da personalidade:

a. **integridade física**, compreendendo: vida; alimentos; o próprio corpo (vivo ou morto); o corpo alheio e partes separadas do corpo;
b. **integridade intelectual**, compreendendo: liberdade de pensamento; autoria científica, literária e artística. No direito empresarial, a propriedade industrial (Lei n. 9.279/96) e, no direito civil, o direito de autor (Lei n. 9.610/98). A cisão entre a propriedade industrial e o direito de autor é, também, internacional, com a Convenção de Paris tratando da Propriedade Industrial e a Convenção de Berna do Direito de Autor;
c. **integridade moral**, compreendendo: honra; segredo profissional; segredo doméstico; identidade familiar, pessoal e social; imagem; recato e tudo o que for extrapatrimonial.

É de notar que o rol apresentado é meramente exemplificativo, uma vez que os direitos de personalidade não se esgotam em positivação.

Assim, os direitos de personalidade podem ser demonstrados no quadro seguinte:



1.4.2.3.1 Caracteres dos direitos da personalidade

São caracteres dos direitos da personalidade:

a. absolutos, pois devem ser respeitados por todos;
b. extrapatrimoniais, pois não se reduzem a dimensionamento de interesses nem avaliações econômicas;
c. intransmissíveis, pois, por serem inerentes à pessoa, não se admite transmissão, nem *causa mortis*;
d. imprescritíveis, pois o exercício do direito para a preservação pode se dar a qualquer momento;
e. indisponíveis, pois o titular não pode privar-se de tais direitos;

f. vitalícios, pois, enquanto persiste a vida do titular, os direitos persistem também, tendo alguns, inclusive, efeitos *post mortem*;
g. gerais, pois são concedidos a todos pelo simples fato de se estar vivo e, por fim,
h. necessários, por serem imprescindíveis à própria vida.

1.4.2.4 Pessoa jurídica

É o ente fictício formado por pessoas naturais ou patrimônios e reconhecido como sujeito de direitos e deveres. Em que pesem a teoria *da ficção* e a teoria *orgânica ou da realidade*, parece-nos que a teoria *da realidade técnica* é a que melhor se acomoda para as pessoas jurídicas. Tal teoria posiciona a pessoa jurídica como produto da técnica jurídica, rejeitando a tese ficcional para considerar os entes coletivos uma realidade que não seria objetiva, pois a personificação dos grupos se opera por construção jurídica, ou seja, o ato de atribuir personalidade não seria arbitrário, mas à vista de uma situação concreta.

1.4.2.4.1 Personalidade jurídica

É adquirida mediante o registro da pessoa jurídica no órgão competente. O registro corresponde à inscrição do contrato social ou estatuto perante o órgão competente, surgindo, com esse ato, a personalidade jurídica da própria pessoa jurídica, distinta, portanto, da personalidade de seus membros.

1.4.2.4.2 Natureza jurídica

As pessoas jurídicas podem ser, quanto a sua natureza jurídica:

a. pessoa jurídica de direito público externo (países e organizações internacionais);
b. pessoa jurídica de direito público interno (Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias), consoante disposto no art. 41 do Código Civil. São: "I – a União; II – os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III – os Municípios; IV – as autarquias, inclusive as associações públicas (redação dada pela

Lei n. 11.107/2005); V – as demais entidades de caráter público criadas por lei";

c. **pessoa jurídica de direito privado:** as pessoas jurídicas de direito privado são regidas pelo art. 44 do Código Civil, que tem a seguinte redação: "São pessoas jurídicas de direito privado: I – as associações; II – as sociedades; III – as fundações; IV – as organizações religiosas (incluído pela Lei n 10.825, de 22.12.2003); V – os partidos políticos (incluído pela Lei n. 10.825, de 22.12.2003). § 1. São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento (incluído pela Lei n. 10.825, de 22.12.2003). § 2. As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código (incluído pela Lei n. 10.825, de 22.12.2003). § 3. Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica (incluído pela Lei n. 10.825, de 22.12.2003)".

1.4.2.4.3 Espécies

As pessoas jurídicas de direito privado podem ser corporações ou fundações, sendo as *corporações* reuniões de pessoas (*universitas personarum*) e as *fundações* reuniões de patrimônio (*universitas bonorum*). O que distingue essas duas formas são os seus objetivos.

Grosso modo, as corporações têm objetivos internos, ou seja, visam ao benefício de seus membros, enquanto as fundações têm objetivos externos, visando, portanto, ao bem comum pelo estabelecimento de determinados objetivos.

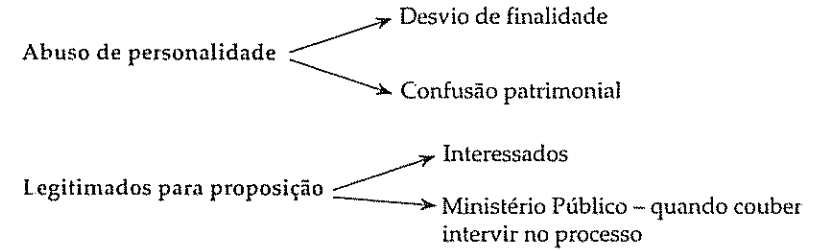
a. **Corporações:** as corporações podem ser associações ou sociedades. As sociedades podem ser simples ou empresárias. *Sociedade Empresária*: é a junção de duas ou mais pessoas com o mesmo objetivo. Poderá ser uma sociedade de fato ou uma sociedade

de direito. Possui finalidade de lucro. Há, ainda, sob a denominação de *corporação*, a *associação*: não visa a fim lucrativo.

b. **Fundações:** nas fundações, o elemento patrimonial é ínsito. Há, portanto, neste modelo, uma destinação de patrimônio para a consecução de determinado fim. São criadas por escritura pública ou testamento, nos quais são especificados os fins a que se destinam. Este fim é permanente, não podendo ser alterado, até mesmo porque não existe a figura do poder do sócio para deliberar. São aprovadas e fiscalizadas pelo Ministério Público, em decorrência do papel social que geralmente exercem. Além disso, sua aprovação submete-se, também, ao Ministério Público.

1.4.2.4.4 Desconsideração da personalidade jurídica

Dá-se a desconsideração da personalidade jurídica quando ocorre abuso de personalidade, sendo sempre relacionada a certas e determinadas relações. Desse modo, a desconsideração se dá com relação à situação obrigacional que se discute.



Trataremos de desvio de finalidade sempre que a atuação da pessoa jurídica vier em desacordo com o que prevê, de maneira expressa, seu contrato social; por outro lado, a confusão patrimonial consiste em confundir o bem da pessoa física do sócio com o patrimônio societário ou empresarial.

Nestes casos, devemos notar que o que ocorre não é a despersonalização, tampouco a extinção da personalidade; vemos, sim, o fenômeno da desconsideração momentânea da personalidade pelo abuso detectado, para os efeitos de certas e determinadas

relações obrigacionais. Além disso, consoante o Enunciado 7 da CJF: "Art. 50. só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular, e limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido" (Enunciado aprovado na I Jornada de Direito Civil da CJF/Justiça Federal, set. 2002). O Enunciado 283 da IV Jornada dispõe, ainda, que: "Art. 50. É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada 'inversa' para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros".

1.4.2.4.5 Extinção da pessoa jurídica

A dissolução das pessoas poderá ser:

a. Convencional: por convenção dos sócios;
b. Administrativa: ex.: autorização para o funcionamento da pessoa jurídica é cancelada por órgão público;
c. Judicial: a iniciativa para a dissolução da pessoa jurídica, em primeiro lugar, é dos administradores, que dispõem do prazo de 30 dias, contado da perda da autorização, ou de sócio que tenha exercitado o direito de pedi-la na forma da lei;
d. Fato natural: ocorrendo a morte dos membros de uma sociedade, e não prevendo o seu ato constitutivo o prosseguimento das atividades por intermédio dos herdeiros, o resultado será a extinção da pessoa jurídica.

1.4.3 Bens

São valores materiais ou imateriais que podem ser objeto de uma relação de direito, tendo, portanto, valor econômico.

1.4.3.1 Classificação

I - *Quanto à mobilidade*

A. Bens considerados em si mesmos

a) móveis: podem ser transportados de um lugar para outro sem perder a sua essência (semoventes: animais);

b) imóveis (ou *bens de raiz*): não podem ser transportados sem prejuízo de sua substância ou destruição.

É extremamente importante a distinção entre bens móveis e imóveis, sobretudo em termos negociais, por exemplo: a alienação de bens móveis não exige formalidade, mas para os bens imóveis a escritura pública para os bens de valor superior a 30 salários mínimos é indispensável (art. 108 do CC). A outorga do cônjuge é necessária na alienação de bens imóveis (exceção feita aos regimes de separação total – art. 1.647 do CC –, separação obrigatória – art. 1.640 do CC – e participação final nos aqüestos quando constar expressamente, do pacto antenupcial, a possibilidade de livre alienação de bens imóveis), ao passo que na alienação de bens móveis é absolutamente dispensável. Além disso, os direitos reais de garantia estabelecidos sobre os bens devem, em regra, obedecer à generalidade: bens móveis são passíveis de penhor e imóveis passíveis de hipoteca (salvo exceções, como, por exemplo, os navios e aeronaves, que são bens móveis imobilizados para fins de hipoteca: art. 1.473 do CC; c/c o art. 138 do Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA) – Lei n. 7.565/86; GONÇALVES, 2007, p. 252).

Bens móveis:

- Por natureza: são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.
- Por determinação legal: segundo prevê o art. 83 do Código Civil, "Consideram-se móveis para os efeitos legais: I – as energias que tenham valor econômico; II – os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; III – os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações". O art. 84 dispõe: "Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis; readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio". Além disso, são também móveis, por determinação da lei, as propriedades intelectuais, assim entendidos os

direitos de autor (Lei n. 9.610/98) e a propriedade industrial (Lei n. 9.279/69).

- **Por antecipação:** vontade humana em função da finalidade econômica. A plantação que será colhida.

Bens imóveis:

São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente (art. 79 do CC):

- **Por natureza:** é o solo.
- **Por acessão natural:** são as árvores (as plantações).
- **Por destinação do proprietário ou possuidor (ficção legal):** o art. 81 determina: "Não perdem o caráter de imóveis: I – as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local; II – os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem". Assim, a depender da destinação dada ao bem, ele poderá, ainda que sendo móvel por natureza, poderá ser considerado como bem imóvel.
- **Por acessão física ou justa posição:** são as construções.
- **Por determinação legal:** direitos reais sobre imóveis e ações que os asseguram, direito à sucessão aberta. Reza o art. 80: "Consideram-se imóveis para os efeitos legais: I – os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram; II – o direito à sucessão aberta".

II – *Quanto à materialidade*

a. **corpóreos:** possuem existência física, material, são tangíveis;
b. **incorpóreos:** possuem existência abstrata (são direitos).

III – *Quanto à fungibilidade*

a. **fungíveis:** podem ser substituídos por outro do mesmo gênero, espécie, qualidade e quantidade;
b. **infungíveis:** não podem ser substituídos, em razão de sua peculiaridade.

Note-se que só se dá a *compensação legal*, como meio de extinção de obrigações, entre dívidas de objetos prestacionais fungíveis

(art. 369 do CC). Além disso, se houver contrato de empréstimo, o bem fungível deverá ser emprestado por mútuo (art. 586 do CC) e o infungível por comodato (art. 579 do CC), com a devida exceção feita ao *comodatum ad pompam vel ostentationem*, situação em que há o empréstimo de coisa fungível, mas que, por ter se dado o empréstimo para ornamentação, exige-se a mesma coisa e não outra igual, de volta. Importa, ainda, destacar que a fungibilidade ou não de um bem é classificação possível dos bens móveis, pois todo e qualquer bem imóvel será infungível. Assim, só os bens móveis são passíveis desta classificação.

IV – *Quanto à durabilidade*

a. **consumíveis:** são móveis e se destroem à medida que são utilizados ou que são postos à alienação;
b. **inconsumíveis:** proporcionam reiterada utilização, sem prejuízo da essência do bem.

Mais uma vez, vemos a destinação dada ao bem como marcante ponto distintivo de classificação. O art. 86 dispõe que: "São consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação". Sendo assim, um bem poderá ser consumível por natureza ou juridicamente consumível. Serão consumíveis, assim, os bens que têm destruição imediata com a utilização (ex.: gasolina) e os bens que estão postos à alienação (ex.: as mercadorias de um supermercado). Note-se que o usufruto constituído sobre bens consumíveis é denominado "quase-usufruto" ou "usufruto impróprio".

V – *Quanto à divisibilidade*

a. **divisíveis:** podem ser repartidos em frações distintas, sem prejuízo de seu valor econômico, substância e utilidade;
b. **indivisíveis:** não se repartem, pois, caso se repartissem, perderiam a possibilidade de prestar os serviços ou a utilidade que o todo anteriormente oferecia.

Os bens divisíveis podem se tornar indivisíveis por força de lei ou por convenção entre as partes (módulo rural, cláusula de indivisibilidade).

VI – *Quanto à singularidade*

a. singulares: são considerados em sua individualidade. Os bens singulares são aqueles que, considerados de per si, constituem um bem, mas que, quando unidos a outros bens, conformam um todo que dá origem a um novo bem que será coletivo. Desse modo, imaginemos uma obra literária composta por 50 volumes. Na análise do 14º volume, por exemplo, teremos um bem. Contudo, quando tal volume é colocado com os outros 49 volumes, temos um todo que forma a obra coletiva. Sendo assim, conforme prescreve o art. 89: "São singulares os bens que, embora reunidos, se consideram de per si, independentemente dos demais";
b. coletivos: são os que, embora constituídos de duas ou mais coisas singulares, consideram-se agrupados em um único bem.

B. Bens reciprocamente considerados
   1) principais: existem por si sós;
   2) acessórios: dependem da existência do principal;
   3) pertenças: o art. 93 determina que "são pertenças os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro". Assim, as pertenças, também, denominadas bens imóveis por acessão intelectual, não fazem parte de outro bem. O que importa, aqui, outra vez, é a destinação humana que é dada à coisa, para classificá-la ou não como uma pertença.

Bens acessórios:

- as benfeitorias podem ser: a) úteis: as benfeitorias úteis dizem respeito à melhorias, ou seja, destinam-se a melhor aproveitamento da coisa; por exemplo, a construção de um novo banheiro na casa ou a construção de uma cobertura para a garagem da casa; b) necessárias: as benfeitorias necessárias são aquelas indispensáveis à manutenção da coisa ou de sua destinação – por exemplo, a reparação de uma infiltração no telhado de uma casa; c) voluptuárias, aquelas que se destinam ao mero deleite ou adorno, como a instalação de uma banheira de hidromassagem ou de uma piscina;
- frutos (renováveis): civis (rendimentos), naturais (desenvolvimento orgânico) e industriais (manufaturas);
- produtos (não renováveis);
- rendimentos: equivalem ao fruto civil.

Pertenças:

- são bens que se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou aformoseamento de um outro bem, não constituindo, no entanto, parte integrante deste. Não se pode presumir que a pertença faz parte de dado negócio havido com o bem principal. Para que ela faça parte, é necessário que haja convenção expressa (art. 94 do CC).

C. Bens públicos e particulares
   1. públicos: são os de domínio nacional;
   2. particulares: por exceção, são aqueles que não são públicos;
   3. alienáveis: podem ser vendidos, trocados, alugados, doados, emprestados, enfim, negociáveis, bens que estão dentro do comércio;
   4. inalienáveis: inegociáveis, bens que estão fora do comércio (praça, rua, água, praia etc.).

1.4.4 Teoria dos fatos, atos e negócios jurídicos

1.4.4.1 Conceito

Considera-se fato jurídico (*lato sensu*) todo e qualquer acontecimento da vida que seja relevante para o mundo do Direito. Dentro

deste gênero, encontramos duas espécies: o fato jurídico (*stricto sensu*) e o ato jurídico (*lato sensu*).

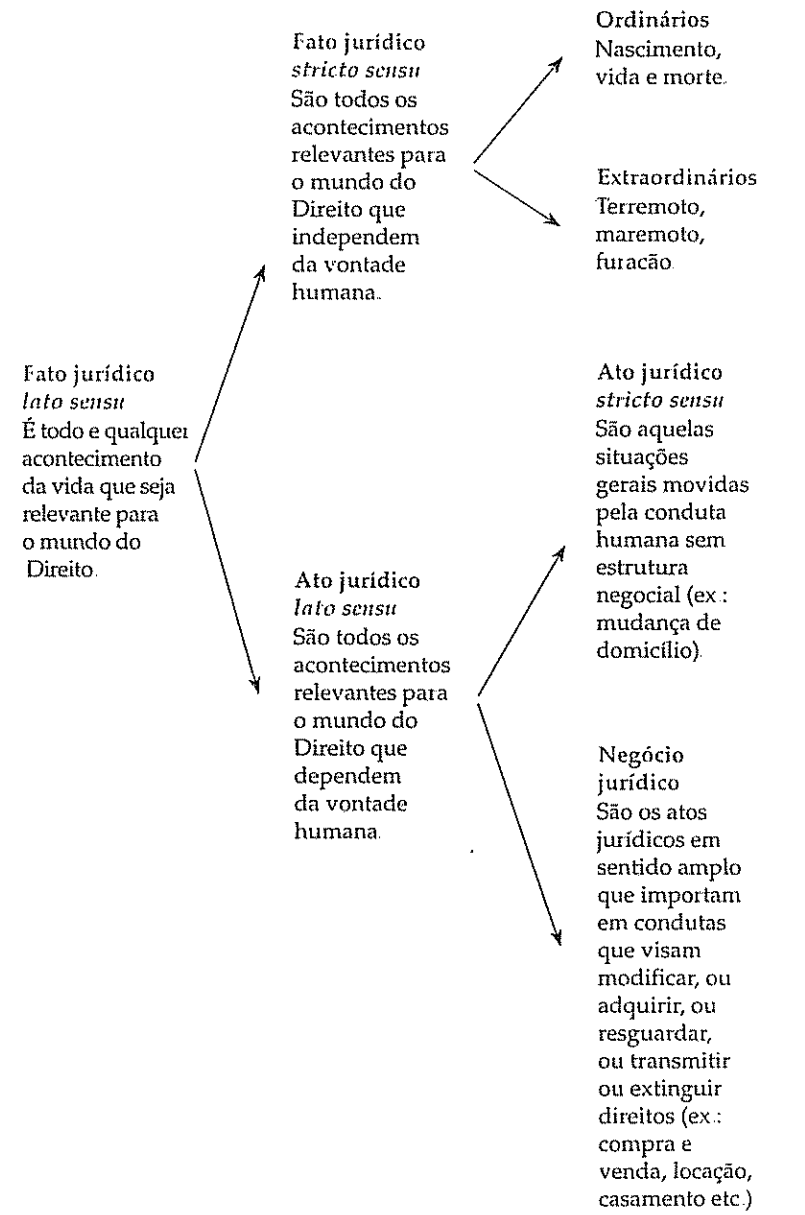
Pois bem, *fato jurídico em sentido estrito* são todos os acontecimentos relevantes para o mundo do Direito que *independem da vontade humana* (ex.: nascimento, morte – ordinários –, vendaval, furacão, terremoto – extraordinários).

Tratamos como *ato jurídico em sentido amplo* todo e qualquer acontecimento da vida que seja relevante para o mundo do Direito que *dependa de elemento volitivo humano*. Sob a classificação de atos jurídicos em sentido amplo, encontramos: *ato jurídico em sentido estrito* e *negócio jurídico*. Os atos jurídicos em sentido estrito são aquelas situações gerais movidas pela conduta humana *sem estrutura negocial* (ex.: notificação não receptícia ou mudança de domicílio). Já negócio jurídico são os atos jurídicos em sentido amplo que importam em condutas que visam modificar, ou adquirir, ou resguardar, ou transmitir ou extinguir direitos, ou seja, *que têm estrutura negocial* (ex.: compra e venda, locação, casamento etc.).

Assim, o fato jurídico diz respeito aos acontecimentos da vida que produzem modificação, aquisição, resguardo, transmissão ou extinção de um direito (relação jurídica). Pode decorrer da própria natureza (*fato jurídico em sentido estrito*) ou da ação humana, quando será chamado de *ato jurídico*.

O negócio jurídico é modalidade de ato jurídico lícito. Consiste em manifestação de vontade humana que visa modificar, ou adquirir, ou resguardar, ou transmitir, ou extinguir direitos, sendo as conseqüências da referida vontade humana, bem como a forma de praticá-la, elencadas em lei, mas as partes podem controlar os seus efeitos.

Desse modo, podemos traçar o seguinte quadro:



1.4.4.2 Elementos do negócio jurídico

Os elementos do negócio jurídico podem ser *essenciais* ou *acidentais*. Os essenciais são, como dito, da essência do negócio. Desse modo, não estando presentes, o negócio padecerá de algum defeito.

É de notar que podemos, e os examinadores por vezes o fazem, tratar dos elementos do negócio jurídico tendo em tela negativamente as relações da tricotomia entre a existência, a validade e a eficácia. Contudo, asseveramos que a matéria de existência não é tratada no Código Civil, pois não cabe à lei regular a existência dos negócios. Não deve ela, a lei, submeter algo que não existe, um nada. "Nossa Lei não consagra essa classificação. Não é, porém, raro que tenhamos de nos defrontarmos, em caso prático, com o problema da inexistência" (VENOSA, 2005, p. 543).

Por outro lado, podemos, também, tratar do negócio jurídico como a lei o faz, diante da dicotomia validade e eficácia. A distinção entre os dois pontos é simples. Na visão tricotômica acolhe-se a possibilidade de inexistência e a análise do negócio deve ser feita, então, sobre existência, validade e eficácia. Contudo, na visão dicotômica não há que se falar de inexistência, contemplando-se, assim, apenas validade e eficácia do negócio. Optamos pela visão tricotômica.

1.4.4.2.1 O negócio jurídico sob o prisma da tricotomia: existência-validade-eficácia

Deste ponto de vista, o negócio conta com elementos *essenciais*, que são os elementos de *existência* (que determinam sua existência) e os requisitos de *validade* (que determinam sua validade – vale lembrar, a possibilidade de defeito de nulidade absoluta ou relativa), e elementos *acidentais* que regularão sua eficácia (GONÇALVES, 2007, p. 307). Há, pois, elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia do negócio jurídico (AZEVEDO, 2002, p. 26).

1.4.4.2.1.1 *Existência*

São elementos essenciais à existência do negócio jurídico: a declaração de vontade; a finalidade negocial e a idoneidade do objeto à forma que se contrata.

a. Declaração de vontade: a declaração de vontade é elemento ínsito e necessário ao negócio jurídico. Poderá, a depender da exigência legal para a conformação do negócio, ser expressa, tácita ou presumida, mas deverá sempre estar presente, sob pena de inexistência do negócio.
b. Finalidade negocial: para que se considere um negócio jurídico no âmbito do Direito, ele deve contar com uma finalidade negocial; deve, assim, visar exercer influência sobre direitos de forma que ele reste modificado, adquirido por alguém, resguardado, transmitido ou extinto. Ou seja, todo e qualquer negócio jurídico deve ter uma finalidade negocial para que seja considerado existente. Por exemplo, o sujeito que muda de endereço exerce um ato jurídico, no entanto não vislumbra uma finalidade negocial com tal ato, dando azo, portanto, a um *ato jurídico em sentido estrito* e não a um negócio jurídico.
c. Idoneidade objetiva: o objeto idôneo é elemento essencial de existência do negócio jurídico, ou seja, o objeto deve ser idôneo à maneira que se contrata. Por exemplo, se João quer emprestar um bem a Caio, ele deverá, necessariamente, analisar, antes de tudo, se o objeto a ser emprestado é fungível ou infungível, pois o empréstimo de coisa fungível, em regra, como já dito, deverá ser feito por mútuo, e, de coisa infungível, por contrato de comodato (exceção feita ao *commodatum ad pompam vel ostentationem*).

Ainda uma vez é inadmissível, ante o caráter peculiar do direito de autor, que se pretenda a compra e venda de uma letra de música. Tal negócio, sob este prisma, seria inexistente, já que o objeto (direito de autor) é inidôneo para se pactuar por meio de compra e venda, devendo-se tratar, portanto, de *cessão de direitos patrimoniais de autor*.

1.4.4.2.1.2 *Validade*

São requisitos de validade do negócio jurídico: agente capaz, forma prescrita ou não defesa em lei e objeto lícito, possível, determinado ou determinável, consoante o art. 104 do Código Civil.

1.4.4.2.1.3 *Elementos acidentais*

São elementos denominados impropriamente acidentais, tendo em vista que, ao contrário dos elementos essenciais, podem ou não marcar presença nos negócios jurídicos:

a. **Condição:** é um evento futuro e incerto a que, por vontade das partes, se subordina o efeito do negócio jurídico. Ela pode ser suspensiva ou resolutiva, conforme o caso (art. 121 do CC): **suspensivas** – quando a aquisição de um direito fica condicionada à ocorrência de um evento futuro e incerto; **resolutivas** – quando o direito se desfaz no momento da ocorrência do evento futuro e incerto.
b. **Termo:** é o evento futuro e **certo**. Diferentemente da condição suspensiva, o termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito (art. 131 do CC).
c. **Modo ou encargo:** é o indicador de modo de cumprimento de determinada obrigação na aquisição de direitos por liberalidade. O encargo não suspende a aquisição nem o exercício do direito, salvo quando expressamente imposto no negócio jurídico, pelo disponente, como condição suspensiva (art. 136 do CC).

As obrigações (ou negócios jurídicos) entabuladas sob condição são ditas "condicionais"; quando entabuladas sob modo ou encargo, são ditas "modais" ou "com encargo"; e com termos são ditas "a termo".

Sob o prisma da tricotomia, os negócios podem ser, portanto, *inexistentes*, *nulos*, *anuláveis* ou *ineficazes*. Mas os negócios jurídicos podem ser analisados, ainda, sob a dicotomia validade-eficácia, pois a existência, como já dissemos, não encontra disposição.

1.4.4.3 Defeitos dos negócios jurídicos

No plano da invalidade *lato sensu*, encontramos a inexistência, a nulidade e a anulabilidade (frise-se que nulidade e anulabilidade são espécies do gênero invalidade *stricto sensu*).

O ato será inexistente quando lhe faltar um dos elementos essenciais de existência; será nulo quando agredir preceito de ordem pública; e anulável quando agredir preceito de ordem privada.

O negócio jurídico pode contar com vícios que maculem sua existência (por lhe faltarem elementos essenciais de existência) ou requisitos para sua validade (art. 104 do CC).

No primeiro caso, ele será inexistente e, no segundo, nulo ou anulável, conforme o vício.

A conseqüência da inexistência é, *grosso modo*, a mesma que a da nulidade, ou seja, o ato negocial é tido como jamais ocorrido, pois ele jamais produziu, de direito, qualquer efeito.

Sendo assim, cumpre-nos tratar dos defeitos em espécie.

1.4.4.3.1 Inexistência

O negócio jurídico será inexistente sempre que restar maculado um de seus elementos essenciais de existência. Relembremos que os elementos essenciais à existência de todo e qualquer negócio jurídico são a vontade humana (declaração de vontade), a idoneidade objetiva e a finalidade negocial.

1.4.4.3.1.1 *Vontade humana*

O elemento volitivo é a base de sustentação do negócio; sem ele, o negócio jurídico simplesmente não existe, não gera qualquer efeito e deve ser reprimido de fato e de direito.

1.4.4.3.1.2 *Idoneidade objetiva*

O objeto deve ser idôneo à forma de contratação. Assim, o empréstimo de coisa fungível é feito por mútuo e, de coisa infungível, por comodato, bem como não se pode querer transmitir direitos autorais por compra e venda (dado o caráter dúplice do direito – art. 24 da Lei n. 9.610/98), o que deve ser feito por cessão da fração patrimonial de direito de autor.

1.4.4.3.1.3 *Finalidade negocial*

Para que exista o negócio, ele deve visar

M ODIFICAR (ou)
A DQUIRIR (ou)
R ESGUARDAR (ou)
T RANSMITIR (ou)
E XTINGUIR

direitos ou relações jurídicas. Por esse motivo, a simples mudança de endereço não é negócio, pois não visa a uma finalidade negocial, sendo, assim, classificada como ato jurídico *stricto sensu*.

1.4.4.3.2 Invalidade

Sob a égide da invalidade, o negócio poderá ser *nulo* (nulidade absoluta) ou *anulável* (nulidade relativa).

Os vícios, por exemplo, geram a nulidade relativa ou absoluta consoante agridam ordem pública ou ordem privada. Duas são as grandes espécies de vícios que encontramos no negócio jurídico – os *vícios de consentimento* e os *vícios sociais*.

1.4.4.3.2.1 *Nulidade relativa (anulabilidade)*

A nulidade relativa de um negócio jurídico ocorre, *grosso modo*, havendo incapacidade relativa do agente ou por vícios que maculem o seu consentimento ou a ordem social. É neste sentido que dispõe o art. 171 do Código Civil: "Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I – por incapacidade relativa do agente; II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores". Ocorrerá, assim, de modo geral, a nulidade relativa em situações de incapacidade relativa do agente (art. 4º do CC), vícios de consentimento (erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão) e fraude contra credores. Outras situações de nulidade relativa estão disciplinadas em lei, contudo a parte geral do Código Civil trata destas.

Os vícios de consentimento são:

a. Erro (art. 138 do CC): trata-se de uma falsa percepção da realidade, ao passo que a ignorância é um estado de espírito negativo, o total desconhecimento do declarante a respeito das circunstâncias do negócio. O erro, entretanto, só é considerado causa de anulabilidade do negócio jurídico se for (art. 139 do CC): a) essencial (substancial), ou seja, a falsa cognição da situação deve influenciar para que o negócio seja entabulado; e b) escusável (perdoável), pois os negócios jurídicos são anuláveis quando as declarações de vontade emanarem de *erro*

substancial que poderia ser percebido por pessoa de *diligência normal*, em face das circunstâncias do negócio. O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante (art. 140 do CC). É de ressaltar que o erro poderá ser *in res*, quando se tratar de erro sobre o objeto negociado, ou *intuitu personae*, quando se tratar de erro sobre uma qualidade essencial de certo sujeito do negócio (para negócios jurídicos personalíssimos).

b. Dolo (art. 145 do CC): artifício empregado para enganar alguém. O dolo, para que gere a anulação do ato, deverá ser principal; o dolo acidental não gera a anulação, e, sim, perdas e danos (art. 146 do CC), já que são os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa. Poderá haver, ainda, o *dolo de terceiro*: nas situações em que um terceiro, portanto, sujeito estranho ao negócio, age dolosamente contra uma das partes, e a outra parte (aquela a quem o dolo aproveita) teria ou deveria ter conhecimento da conduta dolosa. Neste caso, haverá situação de dolo. Por outro lado, se a parte a quem aproveita não sabia ou não tinha o dever de saber, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos em face de quem ludibriou (art. 148 do CC). Além disso: "O dolo do representante legal de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve; se, porém, o dolo for do representante convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos" (art. 149 do CC). O dolo recíproco não gera nulidade nos negócios; assim, se ambas as partes agirem com dolo, nenhuma poderá alegá-lo para anular o negócio ou reclamar indenização.

c. Coação (art. 151 do CC): é a violência empregada contra a pessoa e que impede alguém de proceder livremente. Deve ser uma violência injusta e que cause efetivo temor e não mero temor reverencial. A coação pode dizer respeito à própria pessoa, a seus bens ou a pessoa de sua família, mas, se disser respeito a uma pessoa não pertencente à família do paciente (um ami-

go, por exemplo), o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação. A apreciação da ocorrência de coação deverá ser objetiva. A coação poderá ser exercida por terceiro, situação em que o negócio fica viciado se a parte que aproveita sabe ou deveria saber, mas subsistirá o negócio jurídico se a coação decorrer de terceiro, sem que a parte a que aproveite dela tivesse ou devesse ter conhecimento. Contudo, ainda que a parte a quem aproveita a coação exercida por terceiro dela não saiba, o terceiro responderá por todas as perdas e danos que houver causado ao coacto.

d. **Estado de perigo** (art. 156 do CC): prática de ato jurídico mediante uma necessidade urgente de se salvar ou de salvar a sua família, sendo esta necessidade conhecida pela outra parte e a obrigação muito onerosa. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias (art. 156, parágrafo único, do CC).

e. **Lesão** (art. 157 do CC): trata-se de situação em que um dos sujeitos explora a premente necessidade ou inexperiência do outro, fazendo que este entabule obrigação demasiadamente onerosa. Dessa forma, a lesão, para restar caracterizada, necessita da desproporção das prestações avençadas e da premente necessidade ou inexperiência daquele que assume a obrigação excessivamente onerosa. Importa realçar que a lesão não pode restar confundida com a onerosidade excessiva (cláusula *rebus sic stantibus*), pois, na figura de lesão, a desproporção é marcada no nascimento do negócio jurídico, e, na onerosidade excessiva, a desproporção das prestações inicia-se depois do nascimento do negócio (LOTUFO, 2004, p. 443). Contudo, é de notar o Enunciado 149 da CJF (III Jornada de Direito Civil): "Art. 157: Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, § 2º, do Código Civil de 2002".

Além destes casos, há o vício social de fraude contra credores. A *fraude contra credores* consiste na prática maliciosa, pelo devedor, de atos que desfalcam o seu patrimônio com o escopo de colocá-lo a salvo de uma eventual e futura execução por dívidas. Deve haver a presença da má-fé. Resta configurada a fraude contra credores quando o devedor em estado de insolvência se desfaz de seus bens, intentando, assim, frustrar a possibilidade de excussão de seus bens. A fraude contra credores é denunciada na ação pauliana, que visa a nulificar o ato que foi praticado em fraude. Nesses casos, vale ressaltar que o litisconsórcio entre o devedor e aquele que adquiriu o bem é imperativo (necessário).

Prazos para alegação de nulidade relativa

A nulidade relativa guarda a peculiaridade de só efetivar-se com a argüição do legítimo interessado. Desse modo, não havendo argüição judicial de nulidade relativa de um negócio jurídico em tempo hábil, restará o negócio anulável convalescido pelo decurso do prazo decadencial.

Em regra, quando o Código Civil não disciplina prazo distinto, ter-se-á um prazo de dois anos para que ocorra a decadência, a contar da conclusão do negócio (art. 179 do CC). Assim é que, em regra, também, o prazo decadencial para a argüição de nulidade inicia-se da data da conclusão do ato. Disposições há, entretanto, no Código Civil que modificam tanto o prazo decadencial quanto o início de sua contagem. É exemplo desta situação o art. 178, que afirma que será de "*4* (*quatro anos*) o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: I – no caso de coação, do dia em que ela cessar; II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico; III – no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade (grifo nosso)". Quando a nulidade for verificada em partilha de bens, diz o Código Civil que o prazo para sua argüição será de "um ano" (art. 2.027, parágrafo único, do CC). Mas no caso do art. 496 do Código Civil, por exemplo: "É anulável a venda de ascendente a descenden-

te, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido", e todos os outros casos em que a lei não tiver determinado de modo diverso a aplicação do art. 179 do Código Civil, serão de rogo, tendo-se, portanto, um prazo de dois anos contado da data do negócio.

1.4.4.3.2.2 *Nulidade absoluta (ou, simplesmente, nulidade)*

A nulidade absoluta de um negócio jurídico é situação sempre disposta na lei. Podemos, assim, afirmar que são nulos os atos que agridem a ordem pública e que estão dispostos como absolutamente nulos pela lei.

O art. 166 do Código Civil dispõe que: "É nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV – não revestir a forma prescrita em lei; V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção"

Conforme o inc. I, o negócio será, portanto, nulo quando o agente que o celebra é absolutamente incapaz (art. 3º do CC) e não conta com a devida representação. Nos ditames do inc. II, o objeto deve ser lícito, possível (possibilidade física e jurídica) e determinável. Desse modo, é absolutamente nulo o negócio jurídico em que se pretenda comprar substância entorpecente proibida ou a pretensão de venda de 2 l de refrigerante em vasilhame que só acomode 1 l da substância (impossibilidade física) ou de 10 m² de praia (impossibilidade jurídica) ou, ainda, a venda de coisa, atribuindo-se como objeto apenas o termo "coisa", que por excessivamente genérico que é, faz que o objeto seja indeterminável. Consoante o inc. III, o motivo é extremamente importante para a validade do negócio. Assim, se o motivo é ilícito *para ambas as partes*, o negócio é nulo. Também será nulo, nos termos dos incs. IV e V, se não for revestido das formalidades (quando a lei prescreve a necessidade de forma escrita, por exemplo) ou solenidades (o registro, por exemplo) legais. A fraude à lei imperativa gerará, também, a nulidade, assim como as proibições

da prática de atos sempre que não houver sanção prevista (exemplo claro é o do art. 1.521 do CC, que proíbe determinadas situações de casamento sem, contudo, determinar qual a sanção. Nesses casos, haverá nulidade).

Além desses casos, dispõe o art. 167 do mesmo diploma legal que: "É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. § 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I – aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II – contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III – os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados. § 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado". Assim, também, é caso de nulidade do negócio jurídico a simulação do negócio.

A *simulação* é a declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do realmente declarado, com o intuito de enganar a pessoa para obter vantagem. Na simulação, há a presença de dois negócios jurídicos: o *simulado* e o *dissimulado*. Aquele que se intentou esconder subsistirá se válido for na forma e na substância.

A simulação pode ser *absoluta*, quando o ato simulado é absolutamente falso. Ou seja, a simulação absoluta ocorre quando o sujeito faz parecer ter entabulado negócio jurídico que na verdade não ocorreu. Não houve qualquer negócio efetivamente. Será, contudo, relativa quando ocorre o negócio jurídico, mas a intenção declarada não se consubstancia na intenção efetiva do sujeito; tal ocorre, por exemplo, quando o agente negocial, para esconder uma doação feita, entabula um contrato de compra e venda pelo qual nunca recebeu o preço da coisa. Diz-se, nesse caso, que a compra e venda é o negócio simulado e a doação é o negócio dissimulado, que foi, portanto, encoberto por uma declaração de vontade não verdadeira. Perceba, assim, que na simulação absoluta não há

negócio algum, mas na relativa há um negócio, que, contudo, foi dissimulado parecendo ser outro. A simulação relativa poderá ainda ser subjetiva como no caso do inc. I do art. 167: *I – aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem*. Poderá ainda ser objetiva como no caso do inc. II do referido art.: *II – contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira*.

Sempre que houver nulidade, poderá ela ser alegada por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo (art. 168 do CC). Caberá ao juiz pronunciar a nulidade, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e a encontrar provada. Não será, ainda, permitido ao magistrado supri-las, ainda que a requerimento das partes, pois se trata de situação de agressão à ordem pública (art. 168 do CC).

A nulidade é um defeito insanável do negócio jurídico; desse modo, o negócio jurídico nulo é **insuscetível** de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo (art. 169 do CC). Contudo, é de asseverar a possibilidade de conversão do negócio jurídico, conforme dispõe o art. 170: "Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade". "O instituto da conversão reflete o princípio da conservação do negócio jurídico, o qual estabelece a manutenção da atividade negocial para a consecução do fim prático perseguido pelos envolvidos" (LOTUFO, 2004, p. 472).

Faz-se possível, assim, aferirmos algumas distinções entre nulidade absoluta (nulidade) e nulidade relativa (anulabilidade).

Ato nulo – nasce juridicamente inválido. O efeito da sentença que o declara é *ex tunc*, pois retroage à data da gênese do ato.

Ato anulável – eivado de vício, será invalidado por decisão judicial. Produz efeito até ser desconstituído. A sentença que declara a nulidade relativa tem, portanto, efeito *ex nunc*. O efeito da sentença é *ex nunc*, ou seja, a sentença não retroage. A invalidade ocorre da data da sentença em diante.

NULIDADE ABSOLUTA	NULIDADE RELATIVA
A – O ato nulo agride a ordem pública.	A – O ato anulável agride a ordem privada.
B – A ação de nulidade é declaratória, e, portanto, a sentença é de natureza declaratória. A nulidade dá-se de pleno direito. Desse modo, na nulidade, a sentença não desconstitui o ato, mas declara a situação de nulidade.	B – A ação anulatória é decidida por sentença de natureza desconstitutiva, pois o ato é válido até que seja desconstituído por sentença judicial (art. 177 do CC).
C – Não convalesce pelo decurso do tempo, pois não há decadência para argüição (art. 169 do CC)	C – Há prazo decadencial para argüição, convalescendo, portanto, pelo decurso do tempo.
D – Pode ser argüida pelas partes, por terceiro interessado, pelo Ministério Público e deve ser pronunciada pelo juiz de ofício (art. 166 do CC).	D – Somente pode ser argüida pelos legítimos interessados (art. 177 do CC).
E – Opera efeitos *erga omnes*	E – Opera efeitos somente a quem alegar, salvo caso de solidariedade ou indivisibilidade (art. 177 do CC)
F – Não pode ser confirmada por vontade das partes, mas é passível de conversão (art. 170 do CC)	F – Poderá ser confirmada por vontade das partes, desde que não reste prejuízo a terceiros, sendo, assim, sanado o defeito (art. 172 do CC).
G – O efeito material da sentença que declara a nulidade absoluta é *ex tunc*, pois retroage desde a data da gênese do ato, visto que o ato nasce nulo de pleno direito.	G – O efeito material da sentença que desconstitui o ato por nulidade relativa é *ex nunc*, pois a nulidade relativa contamina o ato a partir da sentença, visto que a situação era, antes, de possível nulidade, mas não nulidade absoluta.

1.4.4.3.2.3 *Ineficaz*

O negócio jurídico ineficaz é existente e válido, mas não produz efeitos. Duas são, assim, as situações em que pode ocorrer a ineficácia: a) por influência dos elementos acidentais no negócio ou b) por agressão à ordem pública não prevista em lei como causa de nulidade.

Assim, é ineficaz o negócio que, entabulado, deve aguardar até certa data para a produção de efeitos (em caso de termo inicial do negócio). Do mesmo modo, será judicialmente declarado ineficaz o ato que agride a função social do contrato, pois se trata de agressão à ordem pública não disposta em lei como caso de nulidade.

1.4.5 Prescrição e decadência

As relações jurídicas sofrem alterações em razão do tempo, que atua como fato gerador ou destruidor de direito. Assim é que "a prescrição e a decadência são institutos que evidenciam a enorme importância do tempo no direito" (LOTUFO, 2003, p. 313).

1.4.5.1 Da prescrição

A *prescrição* é a perda do direito de ingresso de ação, atribuída a um outro direito, e de toda a sua capacidade defensiva, como conseqüência pela não-utilização dessa capacidade durante determinado tempo.

A todo direito corresponde uma ação que o assegura. Quando não exercemos esse direito, simplesmente o perdemos, ocorrendo o fenômeno da prescrição extintiva. No entanto, a prescrição também poderá ser aquisitiva. Nessa hipótese, a inércia e o lapso temporal fazem que seja adquirido um determinado direito. É o direito à usucapião.

A prescrição faz esgotar o direito de propositura da ação. A prescrição é a perda da pretensão, em virtude da inércia de seu titular, no prazo previsto pela lei (art. 189 do CC).

Ou seja, sempre que o titular de um direito for inerte e não procurar a tutela no prazo prescricional fixado por lei perderá o direito de cobrar judicialmente seu direito. "A violação do direito subjetivo cria, para o seu titular, a pretensão, ou seja, o poder de fazer valer em juízo, por meio de uma ação (em sentido material), a prestação devida, o cumprimento da norma legal ou contratual infringida ou a reparação do mal causado, dentro de um prazo legal (arts. 205 e 206 do CC). O titular da pretensão jurídica terá

prazo para propor a ação que se inicia (*dies a quo*) no momento em que sofrer a violação do direito subjetivo. Se o titular deixar escoar tal lapso temporal, sua inércia dará origem a uma *sanção adveniente*, que é a prescrição" (DINIZ, 2007, p. 383).

Quanto ao prazo dado pela lei para o exercício do direito, é variável conforme o direito do titular. Contudo, sempre que o Código Civil não tiver estabelecido outro prazo, ele será de dez anos: "Art. 205. A prescrição ocorre em 10 (dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor".

Para que ocorra a prescrição, temos, portanto, alguns requisitos: a) existência de uma pretensão que possa ser alegada em juízo; b) inércia do titular; c) a continuidade da inércia por determinado lapso temporal; e, por fim, d) a inexistência de fato a que a lei confira valor *impeditivo*, *suspensivo* ou *interruptivo* do lapso temporal prescricional (DINIZ, 2007, p. 387). Realçamos que, nos ditames do art. 195, os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais que derem causa à prescrição, ou que, por inatividade, não a alegarem oportunamente.

Os prazos prescricionais são os dos arts. 205 e 206 do Código Civil; os demais são decadenciais (art. 189 do CC). **Em decorrência da revogação do art. 194 (revogado pela Lei n. 11.280, de 2006), a prescrição passou a ser matéria passível de ser conhecida de ofício pelo juízo.**

Há pretensões que, dadas suas peculiaridades, são insuscetíveis de prescrição. São, portanto, imprescritíveis:

1. direitos de personalidade;
2. direitos relativos ao estado do indivíduo (o estado de filiação, a qualidade de cidadania, a condição conjugal);
3. direitos referentes aos bens públicos;
4. pretensão de haver bens confiados à guarda;
5. pretensão destinada a anular inscrição do nome empresarial feita com violação de lei ou do contrato (art. 1.167 do CC).

Vale ressaltar, no que concerne aos direitos de personalidade, uma questão que, por diversas vezes, já foi objeto de argüição no Exame da OAB. Trata-se do direito a alimentos. Conforme disposição do art. 206, § 2º, do Código Civil, o direito de cobrar a dívida vencida prescreve em dois anos. Note-se que o que prescreve, neste caso, não é o direito aos alimentos, mas sim ao direito de pedir o cumprimento da sentença, pois o direito aos alimentos, por ser direito de personalidade que protege a integridade física da pessoa, é imprescritível. Nada obsta, portanto, que, prescrito o direito ao pleito judicial de cumprimento da sentença, o interessado mova nova ação de alimentos.

O *impedimento* da prescrição é o obstáculo ao decurso do prazo prescricional, ou seja, o impedimento obsta ao início da fluência do prazo. Contudo, pode ocorrer que um fato com valor impeditivo surja depois do início da fluência do prazo; neste caso, dá-se a *suspensão*. Desse modo, quando o fato é impeditivo (por não ter ainda iniciado o decurso do prazo prescricional), o prazo não começa a fluir; quando o fato é suspensivo (pois já iniciado o lapso temporal de prescrição), o prazo prescricional volta do momento em que parou, quando cessar a causa de suspensão. São, desse modo, casos de impedimento ou suspensão da prescrição, consoante já tenha iniciado ou não o decurso do lapso temporal prescricional (arts. 197, 198 e 199, todos do CC):

1. entre cônjuges, enquanto casados;
2. ascendentes e descendentes, enquanto durar o poder familiar;
3. entre tutelados e tutores;
4. entre curatelados e curadores;
5. contra incapazes (a favor corre);
6. contra ausentes do País por serviço público;
7. pendendo condição suspensiva do negócio;
8. pendendo termo ou prazo;
9. pendendo ação de evicção;
10. pendendo ação criminal prejudicial para o cível;
11. contra aquele que está servindo as forças armadas em tempo de guerra, mesmo que esteja no País.

A *interrupção* da prescrição é disciplinada pelo art. 202 do CC. Na interrupção, o prazo que já começou a fluir volta do co-

meço. Desse modo, inutiliza-se todo o tempo prescricional decorrido. O art. 204 dispõe que a interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros; igualmente, a interrupção operada contra o co-devedor, ou seu herdeiro, não prejudica aos demais co-obrigados (*caput*), mas a interrupção *por um dos credores solidários* aproveita aos outros; assim como a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais e seus herdeiros (art. 204, § 1º, do CC).

Em regra, aplicar-se-á a *interrupção* em qualquer caso em que o titular do direito, de maneira inconteste, tenha intentado a proteção do seu direito (art. 202 do CC). Principalmente:

1. citação, mesmo que feita por juízo incompetente;
2. protesto cambial (título de crédito);
3. medida cautelar de protesto judicial;
4. constituição em mora, ainda que extrajudicial.

É de notar que a interrupção da prescrição "somente poderá ocorrer uma vez" (art. 202 do CC). Percebemos que é a atividade do interessado que fará suspender, impedir ou interromper o prazo prescricional. São, assim, as mesmas causas que interagem neste mister, a depender, somente, do momento em que ocorrem. Os prazos de prescrição estão descritos no Código Civil, contudo serão aplicados os prazos do Código de 1916 sempre que o de 2002 tenha disposto prazo menor e, na data de entrada em vigor do Código de 2002, já tenha decorrido mais da metade do prazo previsto no Código de 1916 (art. 2.028 do CC/2002).

1.4.5.2 Da decadência

Em relação à decadência, trata-se da perda do *direito propriamente dito*, ou seja, é a "morte" da relação jurídica pela falta de exercício em tempo hábil. Os prazos prescricionais são apenas aqueles taxativamente discriminados na parte geral do Código Civil, no Título IV, Capítulo I, sendo de decadência todos os demais (conforme Exposição de Motivos do anteprojeto do Código Civil – 16.1.1975).

As regras de impedimento, suspensão ou interrupção da prescrição não são, salvo disposição legal em contrário, aplicáveis à decadência. Sendo assim, uma vez iniciado o prazo decadencial, não será possível, em regra, lhe traçar oposição (art. 207 do CC), mas a decadência não corre contra os absolutamente incapazes de que trata o art. 3º do Código Civil (conforme o art. 208, c/c o art. 195, I, ambos do CC). Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à decadência ou não a alegarem oportunamente; contudo, é de asseverar que a decadência, tal qual a prescrição, pode ser conhecida, de ofício, pelo juiz, exceto no caso de prazo decadencial estipulado por convenção (art. 210 c/c o art. 211, ambos do CC). A decadência fixada em lei é irrenunciável (art. 209 do CC).

Questões

Lei de Introdução ao Código Civil

1. (OAB/MG – 2007.1) De acordo com o disposto na Lei de Introdução ao Código Civil, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com os seguintes critérios, exceto:
   (A) analogia.
   (B) princípios gerais do direito.
   (C) costumes.
   (D) equidade.

2. (OAB/MG – 2005.2) Com relação à Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, é correto afirmar que:
   (A) a lei começa a vigorar no Brasil, salvo disposição em contrário, na data de sua publicação.
   (B) as correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.
   (C) a lei revogada se restaura automaticamente quando a lei revogadora perder a vigência.
   (D) na omissão da lei, o juiz decidirá o caso de acordo com a jurisprudência e a doutrina.

Pessoa natural

1. (OAB/MG – 2007.1) Numa maternidade, foram realizados os partos de três crianças: Antônio, João e Pedro. Antônio nasceu com um grave problema cardíaco e faleceu depois de dois dias. João nasceu morto, em virtude de complicações ocorridas ainda no ventre materno. E, felizmente, Pedro nasceu saudável. Sobre as três situações descritas, assinale a alternativa correta:
   (A) todos adquiriram personalidade civil, desde a concepção.
   (B) apenas Antônio e Pedro adquiriram personalidade civil.
   (C) Antônio não adquiriu personalidade civil, pois em razão do grave problema cardíaco sua vida era inviável.
   (D) todos adquiriram personalidade civil, só que João perdeu-a quando morreu.

2. (OAB/DF – 2006.3) Sobre a capacidade, é correto afirmar:
   (A) capacidade e personalidade são conceitos sinônimos, podendo ser utilizados indistintamente.
   (B) capacidade de direito e capacidade de exercício são atributos inerentes a toda pessoa humana.
   (C) somente aos dezoito anos adquire-se a capacidade de exercício por implemento da idade.
   (D) o poder familiar estende-se além dos dezoito anos completos em relação aos filhos, relativamente à responsabilização civil.

3. (OAB/MG – 2007.1) A incapacidade cessará para os menores:
   (A) pelo ingresso em curso de ensino superior.
   (B) pela aprovação em concurso público.
   (C) pela existência de relação de emprego, desde que, em função dela, o menor, com dezesseis anos completos, tenha economia própria.
   (D) por sentença do juiz, ouvidos os pais, ainda que o menor não tenha dezesseis anos completos.

4. (OAB/SP – 127º) A emancipação do menor estará correta, se:
   (A) o menor tiver 16 (dezesseis) anos completos.
   (B) por concessão dos pais, ao menor de 16 (dezesseis) anos completos, por instrumento público, homologado judicialmente.

(C) o menor tiver 16 (dezesseis) anos completos, concedida por seus pais por instrumento público, independentemente de homologação judicial.
(D) o menor tiver 16 (dezesseis) anos completos, por sentença do juiz, independentemente de ser ouvido o tutor.

5. (OAB/MG - 2007.1) João, aos dezoito anos, e Maria, aos 16 anos, casaram-se. Meses depois, João faleceu e Maria ficou viúva aos 16 anos de idade. Com relação à capacidade civil de Maria, assinale a alternativa correta:
(A) retorna à incapacidade absoluta, anterior ao casamento
(B) retorna à incapacidade relativa, em razão de sua idade.
(C) deve ter o retorno à incapacidade declarado por sentença
(D) permanece plenamente capaz para os atos da vida civil.

Individualização da pessoa natural

1. (OAB/MG - 2007.1) Sobre domicílio, assinale a alternativa incorreta:
(A) o domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente.
(B) o domicílio do preso é o lugar onde foi processado.
(C) o domicílio do militar é o lugar onde servir.
(D) o domicílio do servidor público é o lugar em que exerce permanentemente suas funções.

2. (OAB/SP - 125º) O domicílio, como consagrado pelo Código Civil:
(A) é único e consiste no local em que a pessoa estabelece residência com ânimo definitivo.
(B) único e consiste no centro de ocupação habitual da pessoa natural.
(C) é considerado o local onde a pessoa exerce sua profissão. Se a pessoa exercer a profissão em locais diversos, deverá indicar um local específico para todas as relações correspondentes.
(D) pode ser plural, desde que a pessoa tenha diversas residências onde alternadamente viva.

3. (OAB/SP - 128º) Sobre as relações de parentesco, é incorreto afirmar que o Código Civil:
(A) derrogou o Estatuto da Criança e do Adolescente no que se refere à idade do adotante.
(B) não estabelece prazo para o marido contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua esposa.
(C) permite que se altere o sobrenome do adotado, mas não o prenome.
(D) determina que ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável.

Ausência

1. (OAB/DF - 2005.2 - adaptada) Sobre a ausência, é incorreto dizer:
(A) o cônjuge do ausente, sempre que não esteja separado judicialmente ou de fato por mais de dois anos antes da declaração de ausência, será seu legítimo curador.
(B) quanto aos bens do ausente, ainda que este seja casado, a curadoria caberá aos filhos maiores, se houver, ou aos pais, nesta ordem, e desde que não haja impedimento que os iniba de exercer o cargo.
(C) a abertura provisória da sucessão pressupõe a declaração de ausência.
(D) se o ausente aparecer, e ficar provado que a ausência foi voluntária e injustificada, perderá ele, em favor do sucessor, sua parte nos frutos e rendimentos.

2. (OAB/SP - 130º) Após um dia normal de trabalho em seu escritório, João, 40 anos, não volta para casa e não deixa representante ou procurador. É correto afirmar que a propriedade dos bens de João será definitivamente entregue aos herdeiros
(A) logo após o encerramento das buscas e o subseqüente inventário.
(B) após o procedimento de justificação para assentamento de óbito e o subseqüente inventário.
(C) após o transcurso de mais de 10 anos da declaração de ausência.
(D) após a declaração da morte presumida, sem necessidade de procedimento de ausência.

Direitos da personalidade

1. (OAB/MG - 2007.1) Assinale a afirmativa correta:
   (A) a existência legal da pessoa natural se dá a partir do registro no Cartório Civil das Pessoas Naturais.
   (B) o nome da pessoa natural é protegido contra qualquer divulgação ou publicação não autorizada pelo titular, podendo este obter judicialmente a cessação da divulgação ou publicação ou, ainda, indenização pelas perdas e danos daí decorrentes
   (C) a publicação, exposição ou utilização da imagem da pessoa é, de maneira geral, permitida, sendo necessária sua autorização apenas se lhe atingir a boa fama, a honra ou a respeitabilidade, ou se destinar a fins comerciais.
   (D) alguns direitos da personalidade, como, por exemplo, o direito à imagem, são alienáveis.

2. (OAB/CESPE-UnB - 2007.1) Com relação ao direito da pessoa, assinale a opção correta:
   (A) os direitos da personalidade são intransmissíveis, irrenunciáveis, inatos ou decorrentes, perpétuos e insuscetíveis de apropriação.
   (B) a capacidade de exercício é imanente a toda pessoa, o que significa dizer que toda pessoa tem capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações.
   (C) a emancipação voluntária ocorre pelo exercício de emprego público efetivo.
   (D) depois de transitada em julgado, a sentença judicial que decreta a nulidade ou anulação do casamento deve ser registrada no cartório de registro de pessoas naturais.

Pessoa jurídica

1. (OAB/SP - 126°) No que diz respeito às pessoas jurídicas, é incorreto afirmar:
   (A) as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis pelos atos de seus agentes que, nessa qualidade, causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

   (B) começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito público com a inscrição do ato constitutivo no registro pertinente, decaindo em cinco anos o direito de o particular interessado pleitear a anulação de seus atos constitutivos.
   (C) são pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público
   (D) obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

2. (OAB/SP - 125°) Relativamente às associações civis, é incorreto afirmar:
   (A) as associações civis constituem um conjunto de pessoas que colimam fins ou interesses não econômicos, que podem ser alterados, pois seus membros deliberam livremente, já que seus órgãos são dirigentes.
   (B) o ato constitutivo da associação consiste num conjunto de cláusulas contratuais vinculantes, que unem seus fundadores e os novos associados que, quando nela ingressarem, deverão submeter-se aos seus comandos.
   (C) a associação deverá ser constituída, por escrito, mediante redação de um estatuto, lançado no registro competente, contendo declaração unânime da vontade dos associados de se congregarem para formar uma coletividade, não podendo adotar qualquer das formas empresárias, visto que lhe falta o intuito especulativo.
   (D) a associação é um contrato pelo qual um certo número de pessoas, ao se congregar, coloca, em comum, serviços, atividades, conhecimentos, em prol de um mesmo ideal, objetivando um fim não econômico ou econômico, com ou sem capital, com ou sem intuitos lucrativos

3. (OAB/MG - 2005.2) São pessoas jurídicas de direito privado, exceto:
   (A) partidos políticos.
   (B) associações.
   (C) autarquias.
   (D) organizações religiosas.

4. (OAB/SP - 130°) Segundo o Código Civil, a desconsideração da personalidade jurídica:
   (A) deve ser utilizada sempre que não for possível o ressarcimento de prejuízos pela pessoa jurídica.
   (B) significa dissolver a pessoa jurídica para – com o capital arrecadado – pagar os credores.
   (C) deve ser a regra nos casos de ações de cobrança de dívidas contra pessoas jurídicas.
   (D) significa estender – em determinados casos – os efeitos de certas obrigações da pessoa jurídica aos bens particulares dos sócios.

Dos bens

1. (OAB/MG - 2006.3) Consideram-se móveis para os efeitos legais, exceto:
   (A) as energias que tenham valor econômico.
   (B) os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes.
   (C) os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.
   (D) os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem.

2. (OAB/CESPE-UnB - 2007.1) No que se refere às normas relativas aos bens e a suas classificações, assinale a opção incorreta:
   (A) os bens públicos dominicais são disponíveis e alienáveis.
   (B) a energia elétrica e os direitos autorais são considerados bens móveis.
   (C) imóveis por acessão intelectual é tudo aquilo que o homem incorporar permanentemente ao solo, de modo que não se possa retirar sem destruição.
   (D) são pertenças os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço, ou ao aformoseamento de outro.

3. (OAB/SP - 129°) Sobre as pertenças, é correto afirmar que:
   (A) são bens acessórios e por isso seguem a sorte do principal.
   (B) constituem parte integrante do bem principal e destinam-se ao seu aformoseamento.

   (C) são benfeitorias úteis.
   (D) apesar de considerados bens acessórios, não seguem a sorte do principal.

4. (OAB/DF - 2007.1) Pela classificação dos bens, é correto afirmar:
   (A) bens indivisíveis são aqueles que, apesar de sua alteração na substância, não sofrem prejuízo no uso da coisa.
   (B) singulares são os bens que, quando servidos, se consideram de per si, independentemente dos demais.
   (C) principais e acessórios são categorias de bens considerados em si mesmos.
   (D) consideram-se imóveis, para efeitos legais, dentre outros, o direito à sucessão aberta.

Fatos jurídicos

1. (OAB/RJ - 32°) Termo inicial e condição suspensiva:
   (A) produzem idênticos efeitos jurídicos.
   (B) se distinguem, quanto aos efeitos, pois o primeiro impede a aquisição do direito, enquanto a segunda suspende seu exercício.
   (C) se distinguem, quanto aos efeitos, pois o primeiro suspende o exercício do direito, enquanto a segunda impede sua aquisição.
   (D) impedem ambos a aquisição, mas não o exercício do direito, distinguindo-se apenas em que o primeiro é evento futuro e certo e a segunda, evento futuro e incerto.

2. (OAB/CESPE-UnB - 2007.1) No que se refere ao termo ou condição e aos defeitos do negócio jurídico, julgue os itens abaixo:
   I – A condição é a cláusula que subordina o efeito do negócio jurídico, oneroso ou gratuito, a evento futuro e incerto, e tem aceitação voluntária.
   II – Em face da condição resolutiva, tem-se mera expectativa de direito ou direito eventual pendente.
   III – O vício resultante da coação causa a anulabilidade do negócio jurídico, mas é passível de ratificação pelas partes, ressalvado direito de terceiro.

IV – Na fraude contra credores, o ato de alienação de bens praticado pelo devedor é nulo de pleno direito e dispensa a propositura de ação própria para anulação do negócio jurídico.

Estão certos apenas os itens:

(A) I e II.
(B) I e III.
(C) II e IV.
(D) III e IV.

3. (OAB/SP - 128º) Sob premente necessidade, Fernando adquire à vista um bem móvel de Guilherme com preço manifestamente superior ao seu real valor de mercado. Nesse caso, é correto afirmar que esse negócio:
   (A) pode ser anulado por conter vício do consentimento denominado dolo.
   (B) não pode ser anulado apenas por este fato.
   (C) pode ser anulado por conter vício do consentimento denominado lesão.
   (D) pode ser anulado por conter vício do consentimento denominado erro.

4. (OAB/SC - 2006.2) Assinale a alternativa correta:
   (A) ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga à prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.
   (B) ao possuidor de má-fé não serão ressarcidas as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.
   (C) a indignidade é um ato pelo qual o testador retira a legítima do herdeiro necessário, enquanto que a deserdação constitui pena civil ao herdeiro acusado de praticar ato criminoso contra o *de cujus*.
   (D) Moisés e Joaquim são irmãos. Pedro, filho de Moisés, e Maria, filha de Joaquim, desejam casar-se. Neste caso o casamento será anulável.

5. (OAB/SP - 129º) Sobre a teoria das nulidades, é errado afirmar:
   (A) negócio nulo pode ser objeto de conversão, a fim de que o novo negócio ganhe validade e eficácia.
   (B) são nulos os negócios em que a lei proíbe sua prática sem cominar sanção.
   (C) em regra, é de 4 anos o prazo para se pleitear a nulidade absoluta do negócio jurídico.
   (D) negócio anulável admite ratificação tácita.

6. (OAB/MG - 2005.1) É anulável o negócio jurídico quando:
   (A) for celebrado por pessoa que, por causa transitória, não possa exprimir sua vontade.
   (B) for indeterminável o objeto.
   (C) ocorrer vício resultante de dolo.
   (D) for ilícito o motivo determinante, comum a ambas as partes.

7. (OAB/MG - 2007.1) Seu cliente lhe apresenta, para exame, um contrato de locação de imóvel de propriedade de Beto e Vânia, casados sob regime de comunhão universal. O contrato traz somente a assinatura do marido, o qual tem apenas 17 anos de idade. De acordo com a legislação civil esse contrato:
   (A) é anulável.
   (B) é inexistente.
   (C) é válido.
   (D) é nulo.

8. (OAB/SP - 131º) Sobre a conversão do negócio jurídico, é correto afirmar que se trata de instituto:
   (A) aplicável apenas aos negócios anuláveis.
   (B) que visa converter o negócio nulo em outro válido, mas que não tem previsão no nosso ordenamento.
   (C) aplicável à fraude contra credores.
   (D) que visa converter o negócio nulo em outro válido e que tem previsão no Código Civil.

9. (OAB/SP - 133º) O reconhecimento da paternidade e a fixação de domicílio são exemplos de qual dos conceitos a seguir?
   (A) direito natural.
   (B) negócio jurídico.

(C) ato jurídico *stricto sensu*.
(D) fato não-jurídico.

Prescrição e decadência

1. (OAB/SC - 2006.2) Assinale a alternativa errada:
   (A) as partes podem convencionar prazo decadencial.
   (B) o juiz pode conhecer de ofício a decadência e a prescrição previstas em lei.
   (C) ao prazo decadencial não se aplicam, salvo disposição legal em contrário, as normas que impedem, suspendem ou interrompem o prazo prescricional.
   (D) é válida a renúncia ao prazo decadencial previsto em lei.

2. (OAB MG - 2004) Sobre a prescrição podemos afirmar, exceto:
   (A) não correrá prescrição contra os absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil.
   (B) a interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor.
   (C) as ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez) anos, entre presentes, e entre ausentes em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas.
   (D) não correrá a prescrição entre ascendentes e descentes, durante o poder familiar.

Gabarito

Lei de Introdução ao Código Civil

1. D
2. B

Pessoa natural

1. B
2. C
3. C
4. C
5. D

Individualização da pessoa natural

1. B
2. D
3. C

Ausência

1. B
2. C

Direitos da personalidade

1. C
2. A

Pessoa jurídica

1. B
2. D
3. C
4. D

Dos bens

1. D
2. C
3. D
4. D

Fatos jurídicos

1. C
2. B
3. C
4. A
5. C
6. C
7. C
8. D
9. C

Prescrição e decadência

1. D
2. C

2

Parte Especial – Direito das Obrigações

Fábio Vieira Figueiredo

2.1 Conceito

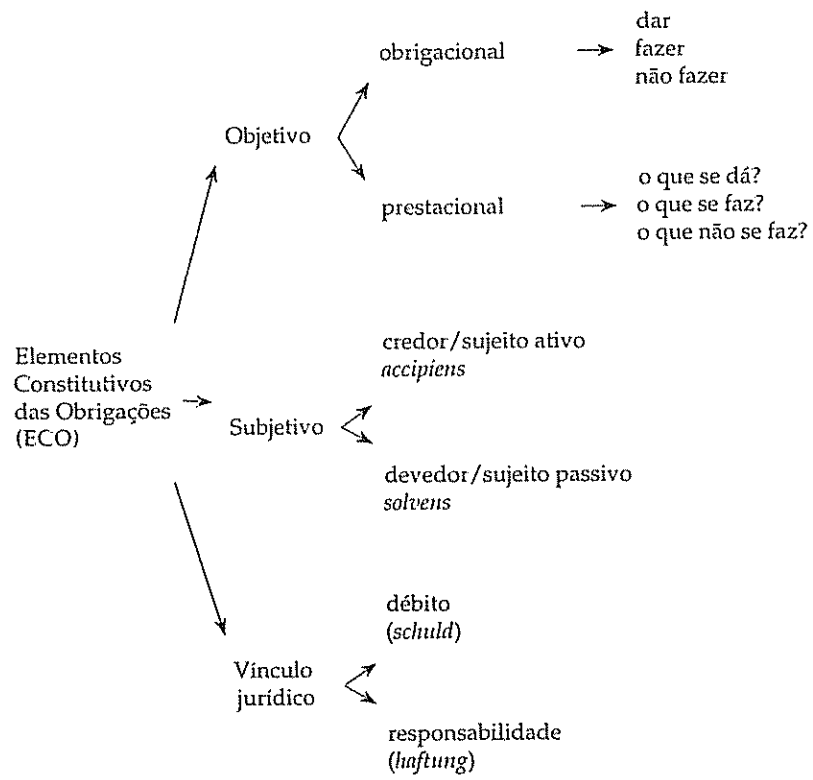
Obrigação é a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste em uma prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento por meio de seu patrimônio. O conceito pode até ser abreviado como o direito do credor contra o devedor, tendo por objeto determinada prestação (MONTEIRO, 2003, p. 11).

2.1.1 Elementos constitutivos da obrigação

a. Subjetivo (sujeito ativo e passivo): o *elemento subjetivo* de uma obrigação é composto pelos sujeitos. A relação obrigacional é formada por uma elipse de crédito e débito. Desse modo, em toda e qualquer obrigação encontraremos o credor (sujeito ativo ou *accipiens*) e o devedor (sujeito passivo ou *solvens*). O *credor* é toda pessoa a quem se proporciona a vantagem resultante da prestação, *o titular do interesse* (patrimonial, espiritual ou moral a que o dever de prestar visa satisfazer). O devedor é aquele que tem o dever da prestação obrigacional.

b. Vínculo jurídico (relação que une os sujeitos): o *vínculo jurídico* resulta de diversas fontes e sujeita o devedor a determinada prestação em favor da satisfação do interesse do credor. O *vínculo jurídico* perfaz-se em débito e responsabilidade. O *débito* (*schuld*) é o vínculo pessoal que forma o liame entre o credor e o devedor. A *responsabilidade* (*haftung*) corresponde diretamente ao *facultas agendi* ou direito subjetivo que tem o credor de exigir, inclusive judicialmente, a satisfação de seu interesse, submetendo o patrimônio do devedor a esta satisfação. Há obrigações, portanto, que conferem responsabilidade sem débito, como é o caso da responsabilidade objetiva, e outras em que há débito sem responsabilidade, como é o caso, por exemplo, das *obrigações naturais*, em que o devedor não pode ser excutido para fazer valer o direito do credor (dívidas de jogo, por exemplo – art. 814 do CC).
c. Objetivo (objeto obrigacional e objeto prestacional): o *elemento objetivo* da obrigação subdivide-se em objeto obrigacional e objeto prestacional. O *objeto obrigacional* ou *imediato* consiste no comportamento que o credor tem o direito de exigir do devedor. Tal elemento sempre consistirá ou em dar algo, ou em fazer algo ou em não fazer algo. Desse modo, quando tratamos de dar e fazer, dizemos que a obrigação é *positiva*; por outro lado, quando tratamos de não fazer, dizemos que a obrigação é *negativa*. O *objeto prestacional* ou *objeto mediato* é o núcleo do interesse creditício a ser satisfeito, ou seja, é aquilo que tem o dever de dar, fazer ou não fazer o devedor da obrigação. Por exemplo, se Paulo deve R$ 10.000,00 (dez mil reais) ao seu credor Marcelo, então, o objeto obrigacional será *dar* e o objeto prestacional será R$ 10.000,00 e podemos dizer, ainda, que o *objeto da obrigação* consiste em *dar* R$ 10.000,00. Há que se observar, no concernente ao elemento objetivo, tudo quanto já exposto para licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto do negócio jurídico em geral (art. 166 do CC).

Os elementos constitutivos de uma obrigação podem, portanto, ter a seguinte representação:



2.1.1.1 Características

a. O objeto das relações obrigacionais é uma prestação positiva (de dar alguma coisa ou de fazer algo) ou negativa (de não fazer algo).
b. O regime legal das obrigações é a autonomia da vontade, ou seja, a norma assegura um determinado período para a manifestação da vontade das partes, desde que não contrarie os princípios de ordem pública, a moral, os bons costumes e a boa-fé.
c. Quanto à sua oponibilidade, o direito pessoal é relativo, já que o seu cumprimento pode ser exigido apenas da parte devedora.

d. Os direitos pessoais são sempre temporários, pois o cumprimento da obrigação coincide com o fim da relação jurídica.

2.2 Responsabilidade

De uma obrigação inadimplida surge a responsabilidade civil. É a obrigação imposta a uma pessoa de ressarcir os danos sofridos por alguém.

A responsabilidade civil divide-se em:

1. contratual: é o prejuízo causado por uma pessoa a outra pelo descumprimento de uma obrigação contratual;
2. extracontratual: é a responsabilidade independentemente de contrato. Subdivide-se em:

   2.1) *responsabilidade objetiva*, que deriva de lei (situações em que, por lei, há a responsabilidade independentemente do débito – por exemplo, o empregador é responsável pelos atos de seus funcionários que causarem prejuízos a outrem, independentemente de ter concorrido para que o ato danoso ocorresse); *responsabilidade por risco*, nas situações em que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implica, ordinariamente, riscos aos direitos de outrem; esta é situação em que, também, haverá responsabilidade pelo dano independentemente de culpa do agente (art. 927, parágrafo único, do CC);

   2.2) *responsabilidade subjetiva*, que se baseia na culpa (negligência, imprudência e imperícia) para a responsabilização do agente.

O tema da responsabilidade será melhor desenvolvido neste volume, depois das disposições sobre o direito contratual.

2.3 Modalidades das obrigações

2.3.1 Obrigação de dar

É o comprometimento de dar alguma coisa, seja esta *certa* ou *incerta*. Receber a coisa significa recebê-la no todo, ou seja, principal mais acessórios; as benfeitorias e os frutos. A obrigação de dar pode ser efetivamente adimplida por *entrega* ou por *restituição*.

A *entrega* consiste no dar originário de algo, ou seja, se Daniel comprou uma moto de Antônio, este último tem a obrigação de dar a moto, o que se verifica cumprido por meio da *entrega*. Por outro lado, se Daniel tomou em empréstimo um bem de Antônio, aquele terá a obrigação de dar o bem de volta, o que se verifica cumprido por meio da *restituição* (devolução) da coisa. Na *entrega*, seguindo a regra geral, até a tradição, a coisa pertence ao devedor, com os seus melhoramentos e acréscimos, pelos quais poderá exigir aumento no preço. Se o credor não anuir, poderá o devedor resolver a obrigação (art. 237 do CC). Na *restituição*, o devedor da coisa somente poderá cobrar do credor os acrescidos ou a valorização se esta ocorreu por seu trabalho, caso em que serão aplicadas as regras para o possuidor de boa ou má-fé (art. 241, c/c os arts. 1.219 e 1.220 do CC).

Obrigação de dar coisa certa (arts. 233 a 242 do CC): o objeto prestacional é definido por gênero, quantidade e qualidade. Exemplo: duas canetas da marca e modelo "X". O descumprimento da obrigação de dar coisa certa pode ocorrer:

1. quando há perda da coisa: até a tradição (meio de transmissão não solene), registro (meio de transmissão solene), a coisa é do devedor, devendo ser ele responsabilizado pelo inadimplemento. Diante disso: a) *sem culpa* (situações em que há hipótese de não-incidência da culpa – caso fortuito ou força maior, desde que a parte não tenha convencionado a responsabilidade, independentemente da hipótese de não-incidência da culpa) – resolve-se a obrigação, ocorrendo a devolução dos valores

eventualmente pagos pela coisa; b) *com culpa* (situação em que não há hipótese de não-incidência da culpa ou em que a parte se obrigou à responsabilidade mesmo em tal hipótese): paga-se o equivalente, acrescido das perdas e danos.
2. Quando há deterioração da coisa: o credor ainda pode aceitar a coisa deteriorada. Diante disso:
   a) *sem culpa*: resolve-se a obrigação ou então o credor aceita a coisa com o devido abatimento no preço;
   b) *com culpa*: o credor aceita a coisa deteriorada, mas exige perdas e danos ou, então, exige o equivalente ao preço pago em dinheiro, acrescido das perdas e danos.

Querendo o credor o abatimento no preço e não aceitando o devedor, caberá a ação estimatória para que o devedor seja forçado à entrega da coisa, com abatimento no preço.

Obrigação de dar coisa incerta (arts. 243 a 246 do CC): A coisa incerta consiste em *objeto indeterminado*. O objeto será indeterminado, mas determinável, pois a indeterminabilidade gera, como já vimos, a nulidade absoluta da obrigação, nos termos do art. 166, II, do Código Civil. A coisa, aqui, é indicada, ao menos, pelo gênero e pela quantidade (art. 243 do CC). Ex.: 150 cabeças de gado. Na obrigação de dar coisa incerta, para que o objeto prestacional seja concentrado, é de operar a *escolha* (arts. 244 e 245 do CC), que, em regra é do devedor, mas pode ser convencionada como sendo do credor ou ficar a cargo de terceiro. Depois de aperfeiçoada a escolha, dada a *concentração objetiva*, portanto, temos uma obrigação de dar coisa certa que será regida nos ditames dos arts. 233 e ss. do Código Civil. Na *escolha*, não importando quem a ela proceda (credor ou devedor – regra geral), deverá guardar meio-termo, não podendo escolher a melhor nem a pior coisa à disposição. Para que a escolha se aperfeiçoe, é indispensável a *cientificação do credor*, ou seja, cabendo a escolha ao devedor, esta só se aperfeiçoa depois que o credor é notificado e, do mesmo modo, se ficar a cargo do credor, deverá notificar o devedor. O ponto de fundamental marca no descumprimento da obrigação de dar coisa certa é a escolha. Assim:

1. Quando há perda ou deterioração antes da escolha da coisa: tem de ser substituída a coisa, pois é, ainda, fungível. Mesmo nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, já que a coisa incerta é um gênero e o GÊNERO NUNCA PERECE. Assim, antes da escolha, *não há possibilidade* de alegação, por parte do devedor, *de perecimento não culposo da coisa* (art. 246 do CC). Haverá, entretanto, uma única exceção a esta regra nos casos em que o gênero for determinado. Assim, se a coisa incerta consiste em dez cabeças de gado, dentre as 150 cabeças que estão no pasto norte da fazenda de João e as 150 perecem sem culpa de João (vítimas de um raio, por exemplo), estamos diante de hipótese em que o devedor poderá alegar inadimplemento não culposo, na obrigação de dar coisa incerta, sendo responsável apenas pela devolução dos valores pagos.
2. Quando há perda ou deterioração depois da escolha da coisa: uma vez ocorrida a escolha, a coisa tornou-se certa, devendo seguir as regras supracitadas para os casos em que há perda ou deterioração culposa ou não.

2.3.2 Obrigação de fazer

É **comprometimento** em fazer alguma coisa. O devedor se compromete a realizar, a prestar um determinado ato; trata-se, portanto, de obrigação positiva.

A obrigação de fazer poderá ser personalíssima, ou seja, dada a peculiaridade da situação, o efetivo objeto prestacional devido, pode ser que a obrigação só possa ser cumprida por certa e determinada pessoa (ex.: quando uma pessoa escolhe determinado artista, por suas características peculiares, para lhe fazer um quadro). Neste caso, "incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exeqüível" (art. 247 do CC).
O descumprimento da obrigação de fazer pode se dar:

1. sem culpa: resolve-se a obrigação pela devolução de valores eventualmente pagos (art. 248 do CC), *desde que não haja o devedor se responsabilizado pelo inadimplemento não culposo;*
2. com culpa: ocorre a devolução de valores pagos, acrescida do pagamento de perdas e danos.

Da execução especifica da obrigação de fazer
Se houver possibilidade de que o fato seja executado por terceiro, o credor poderá mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível, e, em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido (art. 249 do CC).

2.3.3 Obrigação de não fazer

É o **comprometimento** de não fazer alguma coisa. O devedor se compromete a abster-se da prática de um determinado ato, sendo, portanto, uma obrigação negativa. O descumprimento da obrigação de não fazer pode ocorrer:

1. **sem culpa:** resolve-se a obrigação, com devolução de valores eventualmente já pagos (art. 250 do CC), *desde que não haja o devedor se responsabilizado pelo inadimplemento não culposo;*
2. **com culpa:** que o devedor desfaça o ato quando possível, responsabilizando-se por eventuais perdas e danos.

O art. 251 do Código Civil dispõe que: "Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos". Do mesmo modo que na obrigação de fazer, em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.

2.4 Classificação das obrigações

Simples e complexas
Uma obrigação que tenha um objeto, um sujeito ativo e um sujeito passivo será *simples;* e será *complexa* ou *composta* a obrigação que tiver mais de um objeto ou mais de um sujeito em qualquer dos

Divisíveis e indivisíveis

A indivisibilidade ou não de dada obrigação reside na indivisibilidade ou não de seu objeto prestacional. Assim, a indivisibilidade poderá ocorrer pela natureza do objeto, que pode ser indivisível por vontade humana (cláusula de indivisibilidade) ou por disposição legal (módulo rural, por exemplo).

Em regra, "havendo mais de um devedor ou mais de um credor em obrigação divisível, esta presume-se dividida em tantas obrigações, iguais e distintas, quantos os credores ou devedores" (art. 257 do CC). Ocorre, assim, que havendo mais de um sujeito, no pólo passivo ou ativo da obrigação, e, *não sendo divisível o objeto*, cada qual dos sujeitos restará como devedor ou credor do todo. Neste caso, o devedor que quita a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor para com os demais devedores. No caso de perdão (remissão) da dívida por um dos credores, os demais somente poderão exigir o pagamento do devedor descontando a cota daquele que perdoou a dívida. Situação de extrema importância é a da obrigação indivisível inadimplida.

Convertendo-se em perdas e danos, a obrigação indivisível perderá seu caráter de indivisibilidade. Sendo assim, o objeto prestacional será dividido entre os sujeitos, não havendo mais que se falar em obrigação pelo todo, nem para devedores, nem para credores. *A situação é muito cobrada pelas bancas no exame de habilitação profissional do advogado.* A disposição fica por conta do art. 263 do Código Civil, nos seguintes termos: "Perde a qualidade de indivisível a obrigação que se resolver em perdas e danos. § 1º Se, para efeito do disposto neste artigo, houver culpa de todos os devedores, responderão todos por partes iguais. § 2º Se for de um só a culpa, ficarão exonerados os outros, respondendo só esse pelas perdas e danos".

Solidárias e não solidárias

Do mesmo modo que a divisibilidade da obrigação, a solidariedade só tem razão de ser analisada quando tratamos de obrigações

com complexidade subjetiva, ou seja, quando temos mais de um sujeito no pólo ativo ou passivo ou nos dois pólos da obrigação, caso contrário não haverá qualquer implicação que justifique a classificação. Concorrendo, portanto, na mesma obrigação mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito ou deveres sobre toda a dívida, diz-se ser, esta obrigação, solidária (art. 264 do CC). A solidariedade, como resulta do art. 265 do Código Civil não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes, podendo ser ativa (credores), passiva (devedores) ou mista (credores e devedores).

Na *solidariedade ativa*, qualquer dos co-credores solidários pode exigir isoladamente o crédito por inteiro (art. 267 do CC). O devedor, enquanto não for demandado por qualquer dos co-credores, poderá pagar a qualquer deles e o pagamento feito a qualquer deles extingue a dívida até o montante que foi pago (arts. 268 e 269 do CC). Enquanto algum dos credores solidários não demandar o devedor comum, a qualquer daqueles poderá este pagar (art. 268 do CC). No caso de falecimento de credores solidários, cada um dos herdeiros só terá direito a exigir e receber a quota do crédito que corresponder ao seu quinhão hereditário, salvo se a obrigação for indivisível, pois, nesta situação, dada a impossibilidade de cisão objetiva, o credor poderá receber o todo, restando responsável perante os outros credores (art. 272 do CC – do mesmo modo se tiver perdoado a dívida), mas o devedor só se desonera com a caução de ratificação dada pelo credor a quem pagou (art. 270 do CC).

Há que se mencionar, ainda, por ter sido, em diversas oportunidades, objeto de argüição pelas bancas examinadoras da OAB, a distinção entre as obrigações solidárias e indivisíveis. Ocorre que convertendo-se a prestação em perdas e danos, na obrigação solidária, subsiste, para todos os efeitos, a solidariedade (art. 271 do CC); ao contrário, como vimos, na obrigação indivisível, convertendo-se esta em perdas e danos, a indivisibilidade acaba. *Como já asseveramos, a questão é bastante explorada em exames da habilitação profissional do advogado.*

pólos (ativo-crédito ou passivo-débito). A complexidade pode ser, portanto: objetiva, subjetiva ativa, subjetiva passiva, subjetiva mista ou integral.

Cumulativas, alternativas e facultativas

As obrigações *cumulativas* ou *conjuntivas* são aquelas que, tendo mais de um objeto, e sendo, portanto, complexas, todos devem ser cumpridos conjuntamente, sob pena de inadimplemento da obrigação.

As obrigações *alternativas* ou *disjuntivas* são aquelas que, tendo mais de um objeto e, sendo, portanto, complexas, o devedor terá de cumprir apenas um ou alguns, efetuando-se, assim, escolha para a *concentração objetiva da obrigação*. Caberá ao devedor, salvo estipulação em contrário, a escolha para a concentração do objeto prestacional (art. 252 do CC). Assim, na escolha das obrigações alternativas, serão aplicadas as regras de escolha dos arts. 244 a 246, somadas às do art. 252. Vale asseverar que, havendo pluralidade de optantes e não havendo acordo entre eles, decidirá o juiz, findo o prazo por este assinado para a deliberação. Caso uma das prestações se torne inexeqüível, sem culpa do devedor, subsistirá o débito quanto à outra, ocorrendo, assim, a *concentração compulsória do objeto* prestacional da obrigação alternativa. Nos casos em que a escolha cabia ao credor e a prestação se torna inexeqüível, por culpa do devedor, o credor poderá escolher entre a devolução do valor pago mais perdas e danos, ou, simplesmente, a concentração na outra opção (art. 255 do CC). "Se, por culpa do devedor, não se puder cumprir nenhuma das prestações, não competindo ao credor a escolha, ficará aquele obrigado a pagar o valor da que por último se impossibilitou, mais as perdas e danos que o caso determinar" (art. 254 do CC). Tornando-se inexeqüíveis todas as prestações, por culpa do devedor, caberá a devolução de valores pagos mais perdas e danos; por outro lado, se tal ocorrer sem que concorra com culpa o devedor, extinguir-se-á a obrigação (art. 256 do CC).

A *obrigação facultativa* ou obrigação com faculdade alternativa trata-se de obrigação *simples*. Nesta modalidade, temos um único

objeto; contudo, o devedor guarda para si uma faculdade de desoneração da obrigação. Ou seja, fica acordado com o credor que o devedor, se assim desejar, poderá desonerar-se da obrigação com outro objeto prestacional. É de notar que o credor não tem qualquer direito sobre este outro objeto, não se trata de alternativa, e sim de faculdade de substituição do devedor que, por motivo de sua conveniência, mediante prévio acordo com o credor, poderá oferecer objeto diverso para adimplir a obrigação.

Instantâneas, diferidas e de trato sucessivo ou execução periódicas

Obrigações de execução *instantânea* são aquelas em que a prestação e a contraprestação ocorrem em um único momento; por exemplo: se Daniel compra uma caneta de Antônio e a entrega da caneta e o pagamento ocorrem no mesmo momento (pagamento à vista). A obrigação será, contudo, diferida, se o pagamento vier em um único ato, mas em momento posterior (em uma semana, por exemplo). Obrigação de trato sucessivo ou execução periódica se dá quando o pagamento se protrai no tempo, mediante parcelas sucessivas (compra e venda a prazo).

Líquidas e ilíquidas

Considera-se *líquida* a obrigação certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu objeto. A obrigação *ilíquida* depende de prévia apuração, pois, apesar de saber qual é a obrigação, não podemos avaliar o seu *quantum*, ou seja, o exato montante devido.

Fungíveis e infungíveis

O objeto de uma obrigação pode ser fungível ou infungível, consoante seja possível substituir o objeto prestacional por outro de mesmo gênero, quantidade e espécie ou qualidade.

Personalíssimas e não personalíssimas

A obrigação é personalíssima quando se dá *intuitu personae*, ou seja, apenas certa e determinada pessoa poderá cumpri-la para que seja satisfeito o crédito (confecção de uma obra de arte, com a escolha de determinado artista, um *show* por um intérprete, um livro por determinado autor).

As exceções pessoais que, porventura, o devedor tenha contra um dos credores solidários não podem ser objeto de oposição contra os demais, e o julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais. Contudo, o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve (arts. 273 e 274 do CC).

Na *solidariedade passiva*, o credor pode exigir de qualquer dos devedores o pagamento integral. Ressalte-se que não importa em renúncia à solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores (art. 275 do CC). Do mesmo modo que na solidariedade ativa, *a contrario sensu*, se um dos devedores solidários falecer deixando herdeiros, nenhum destes será obrigado a pagar senão a quota que corresponder ao seu quinhão hereditário, salvo se a obrigação for indivisível. Contudo, todos os herdeiros reunidos serão considerados um devedor solidário em relação aos demais devedores (art. 276 do CC).

Em que pese qualquer dos devedores poder negociar condições especiais para a quitação do débito, as disposições havidas isoladamente com um dos devedores solidários não poderão, em hipótese alguma, agravar a situação dos demais (art. 278 do CC). Ocorrida a interrupção da prescrição contra o devedor solidário ou reconhecida a dívida por este, restarão envolvidos os demais co-obrigados e seus herdeiros, contudo a interrupção operada contra um dos herdeiros do devedor solidário não prejudica os outros herdeiros ou devedores senão quando se trate de obrigações indivisíveis (art. 204, §§ 1º e 2º, do CC).

Atendida a regra geral, na impossibilidade da prestação *por culpa* de um dos devedores solidários, subsiste, para todos, o encargo de pagar o equivalente, mas pelas perdas e danos só responde o culpado (art. 279 do CC). Sendo assim, "todos os devedores respondem pelos juros da mora, ainda que a ação tenha sido proposta somente contra um; mas o culpado responde aos outros pela obrigação acrescida" (art. 280). Havendo pagamento *in totum*, a obrigação resta extinta, no entanto, se o pagamento é parcial, a solidariedade se mantém como um todo. Assim é que "o devedor

que satisfez a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos co-devedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores" (art. 283 do CC). Neste caso, inclui-se o devedor que foi exonerado da solidariedade (art. 284).

Obrigação *propter rem*

São as obrigações próprias da coisa, também denominadas *ob rem* (em vista da coisa). As obrigações reais, ou *propter rem*, passam a pesar sobre quem se torne titular da coisa. Logo, sabendo-se quem é o titular, sabe-se quem é o devedor. A obrigação *propter rem*, por sua vez, é aquela própria da coisa que, em regra, deriva de um direito real e nasce junto com ele. Os vizinhos, por exemplo, dado o caráter solidarista que deve permear as relações de vizinhança, não podem perturbar uns aos outros. Não é necessário que, em uma comunidade, por exemplo, haja uma norma emanada do Estado a dizer que o vizinho não poderá fazer seus treinos de bateria nas madrugadas. É óbvio que ele prejudicará o descanso dos demais e, sendo assim, há uma obrigação *propter rem*. Ela nasce com o direito real ou com a posse sobre a coisa.

2.5 Transmissão das obrigações

2.5.1 Cessão de crédito

É o negócio jurídico bilateral, pelo qual o credor transfere a outrem seus direitos na relação obrigacional (cedente – aquele que transfere; cessionário – aquele que recebe). Em regra, a cessão é onerosa, pode ser parcial ou total e, para que se aperfeiçoe, é indispensável que haja a notificação ao devedor nos termos do art. 290 do Código Civil. O cedente apenas se responsabiliza perante o cessionário se tiver agido de má-fé. Desse modo, se a relação jurídica for inexistente ou o crédito for inexigível ou, ainda, se, sabendo do estado de insolvência

do devedor, procedeu à cessão do crédito (má-fé). Não há falar, portanto, em responsabilidade do cedente pela mera inadimplência do devedor ao cessionário.

2.5.2 Assunção de dívida

Por anuência do credor, outra pessoa assume a dívida. Salvo disposição expressa em contrário com a assunção, todas as garantias dadas pelo devedor anterior são extintas. A assunção pode se dar com o consentimento ou sem o consentimento do devedor (expromissão). No caso de restar silente o credor, considera-se renúncia à assunção, exceto no caso de adquirente de imóvel hipotecado, que poderá notificar o credor para impugnação em 30 dias e, não havendo impugnação, neste único caso, considerar-se-á dado o consentimento para a assunção (art. 303 do CC).

2.6 Adimplemento e extinção das obrigações

2.6.1 Do pagamento

É o meio direto de extinção da obrigação. A obrigação resta extinta naturalmente pelo pagamento efetuado. A prova do pagamento se dá pela quitação, e a quitação admite qualquer forma, devendo ser escrita nos casos em que o valor da prestação seja superior ao décuplo do maior salário mínimo (conforme o art. 401 do CPC, contudo, a regra de tal dispositivo não pode tomar ares absolutos, devendo esta ser relativizada para atendimento ao que dispõe o art. 402 do CPC). O pagamento, para que seja considerado válido, deverá obedecer a certas regras.

2.6.1.1 Quem deve pagar

O pagamento deve ser executado pelo devedor da obrigação. No entanto, em situações excepcionais, pode ser que um terceiro, portanto estranho à relação obrigacional, venha a solver o débito. Nestes casos, o referido terceiro poderá ser: a) terceiro interessado: avalista, fiador (qualquer um que tenha interesse jurídico no pagamento). No momento do pagamento, opera-se a sub-rogação do *solvens* (aquele que quita a obrigação) nos direitos do credor (art. 346 do CC); b) terceiro não interessado: qualquer um que tenha interesse moral (pai, filho, amigo etc.). Neste caso, não haverá sub-rogação, mas, em regra, aquele que quitou poderá cobrar do devedor original o pagamento feito, exceto se o devedor tinha meios de ilidir o pagamento (art. 306 do CC). É de salientar, ainda, que, *salvo expressa previsão em contrário ou obrigação personalíssima, não pode o credor recusar o pagamento feito por terceiro*.

2.6.1.2 A quem se deve pagar (art. 308 do CC)

O pagamento é feito ao credor ou a quem o represente, sendo válido, em regra, o pagamento feito à pessoa que porta a quitação, salvo se as circunstâncias contrariarem a presunção daí resultante (art. 311 do CC). Pode ocorrer que o devedor pague ao credor putativo. O pagamento que é feito de boa-fé, para aquele que aparentava ser o credor, é válido (art. 309 do CC): "O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor". O credor putativo é aquele que, em que pese não ser o credor da obrigação, aparenta ser. É o caso, por exemplo, do pagamento feito àquele que se pensava ser o herdeiro do *de cujus*. O pagamento feito ao credor que era evidentemente incapaz de quitar só será válido se o *solvens* provar que a prestação foi revertida em proveito do incapaz (art. 310 do CC). *O devedor que paga mal paga duas vezes*; assim, não será legítimo o pagamento feito pelo devedor intimado da penhora do crédito (art. 312 do CC).

2.6.1.3 Objeto da prestação

O objeto prestacional é aquele convencionado, e o credor não precisa aceitar outro, ainda que mais valioso (art. 313 do CC).

É lícito ao juiz corrigir o valor se, por motivo imprevisível, tornou-se excessivamente oneroso para qualquer das partes (art. 317 do CC – Enunciado 17 do CEJ/JF: "Art. 317: a interpretação da expressão 'motivos imprevisíveis', constante do art. 317 do novo Código Civil, deve abarcar tanto causas de desproporção não previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis" – Enunciado aprovado pela *I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal* – set./2002).

2.6.1.4 Do lugar do pagamento

No silêncio das partes ou da lei, o pagamento será realizado no domicílio do devedor. A dívida poderá ser, portanto: *quérable (quesível)* – o credor procura o devedor para receber; ou *portable (portável)* – o pagamento é realizado no domicílio do credor ou no local em que este indicar.

2.6.1.5 Do tempo do pagamento

O pagamento deve ser efetuado quando convencionado. No entanto, o art. 333 do Código Civil estabelece situações especiais em que o pagamento deverá ser efetuado antecipadamente: "Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código: I – no caso de falência do devedor, ou de concurso de credores; II – se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor; III – se cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las. Parágrafo único. Nos casos deste artigo, se houver, no débito, solidariedade passiva, não se reputará vencido quanto aos outros devedores solventes". Serão, ainda, causas de vencimento antecipado da obrigação as hipóteses do art. 1.425 do Código Civil (a deterioração e o perecimento da coisa dada em garantia).

2.6.2 Dos meios indiretos de extinção das obrigações

2.6.2.1 Pagamento em consignação (art. 334 do CC, c/c o art. 890 do CPC)

É o depósito da dívida pelo devedor para evitar a mora. Pode ser judicial ou extrajudicial. O pagamento em consignação é aplicável a todos os casos de obrigação de dar coisa certa ou incerta, móvel ou imóvel, só não cabendo tal ação na hipótese de obrigação de fazer ou de não fazer, e considerando-se pagamento o depósito judicial ou em estabelecimento bancário da coisa devida, nos casos e formas legais (art. 334 do CC). O art. 335 disciplina as hipóteses em que será cabível a consignação: I – se o credor não puder, ou, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na devida forma; II – se o credor não for, nem mandar receber a coisa no lugar, tempo e condição devidos; III – se o credor for incapaz de receber, for desconhecido, declarado ausente, ou residir em lugar incerto ou de acesso perigoso ou difícil; IV – se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o objeto do pagamento; V – se pender litígio sobre o objeto do pagamento.

2.6.2.2 Pagamento com sub-rogação (art. 346 do CC)

Na sub-rogação, nada se altera para o devedor, que apenas terá de pagar para outro. Aqui tratamos da *sub-rogação pessoal*, hipótese em que se substitui o sujeito da obrigação. Pode se dar por força de lei, quando ocorre a transferência do crédito ao pagador de dívida alheia (art. 346 do CC) ou por força de contrato ou de recibo com tal fim, a transferência do crédito próprio ou alheio, pelo pagamento (art. 347 do CC).

A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores (art. 349 do CC). Na sub-rogação legal, o sub-rogado poderá valer-se dos direitos do credor até a soma que tiver desembolsado para a quitação, e o credor originário, só em parte reembolsado, terá preferência ao sub-rogado, na cobrança

da dívida restante, se os bens do devedor não forem suficientes para saldar inteiramente o que a um e outro dever (arts. 350 e 351 do CC). Importa realçar, ainda, que é instituto distinto da cessão de crédito, pois a cessão de crédito é hipótese de transmissão, enquanto a sub-rogação é hipótese de extinção satisfativa da obrigação, pois a sub-rogação só ocorre porque um terceiro quita a obrigação.

2.6.2.3 Imputação ao pagamento (art. 352 do CC)

Reza o art. 352 do Código Civil que: "A pessoa obrigada por dois ou mais débitos da mesma natureza, a um só credor, tem o direito de indicar a qual deles oferece pagamento, se todos forem líquidos e vencidos". Assim, quando houver mais de uma dívida (não importa se mais de uma obrigação ou mais de uma prestação na mesma obrigação), exigível entre o mesmo credor e o mesmo devedor e este último oferece quantia para pagamento que não é suficiente para todos os seus débitos, ter-se-á de se fazer a imputação do pagamento.

Em regra, como visto no art. 352 do CC, o devedor imputa o que está pagando, mas, se ele não o faz, o credor o fará na quitação, sem que haja possibilidade de impugnação do devedor, e, nestes casos – em que a imputação fica a cargo das partes, primeiro o devedor e depois o credor – impera a autonomia privada para imputação, sendo, assim, independente da disposição legal (LOTUFO, 2003, p. 320). Se o credor também não o fizer, a imputação será legal e, desse modo, será procedida primeiro sobre os juros e depois sobre o capital (art. 354 do CC); dar-se-á na seguinte seqüência: primeiro os juros, então a dívida vencida há mais tempo, depois a mais onerosa ou, na falta dos requisitos anteriores, imputar-se-á proporcionalmente.

2.6.2.4 Dação em pagamento (art. 356 do CC)

O pagamento, como já descrito, deve se dar na exata prestação avençada pelas partes, e o credor não é obrigado a receber coisa diversa daquela que foi entabulada entre as partes, ainda que a outra coisa ofertada seja mais valiosa (art. 313 do CC). Mas "o credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida" (art. 356 do CC). Sendo assim, quando o credor consente em receber coisa diversa da que lhe é devida, ocorre a dação em pagamento ou *datio in solutum*. Trata-se de uma forma indireta de pagamento. Ocorre quando, com o consentimento do credor, o devedor cumpre a obrigação entregando coisa diversa daquela que havia sido convencionada. Dispõe o art. 357 que: "determinado o preço da coisa dada em pagamento, as relações entre as partes regular-se-ão pelas normas do contrato de compra e venda". Se a coisa dada em pagamento consistir em título de crédito, a transferência importará em cessão e será, portanto, submetida às regras de transmissão das obrigações já analisadas (art. 358 do CC). No caso de evicção sobre a coisa dada em pagamento, "restabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada, ressalvados os direitos de terceiros" (art. 359 do CC).

2.6.2.5 Novação (art. 360 e ss. do CC)

A novação consiste na criação de uma nova obrigação para extinguir uma outra preexistente. Para que se dê a novação, é indispensável o *animus novandi* (intenção de novar a obrigação, criar nova obrigação em substituição à primeira). A intenção não necessita ser expressa, mas deverá ser inequívoca para que se possa considerar novada a obrigação, pois, não havendo ânimo de novar, expresso ou tácito, mas inequívoco, a obrigação existente será apenas confirmada, não se operando, portanto, a novação (conforme o art. 361 do CC). A mera concessão de moratória não configura novação, pois não há a intenção de extinguir uma dívida constituindo outra. Assim, são requisitos da novação: 1) a *existência de obrigação anterior*; 2) a *criação de uma obrigação nova*; 3) o *elemento novo*: a inserção de um *aliquid novi* na obrigação criada para extinguir a primígena; 4) o *animus novandi* ou a intenção de novar e, por fim; 5) a *capacidade e legitimação das partes para o ato negocial novativo* (RODRIGUES, 2002, p. 204).

A novação poderá ser *objetiva* ou *real*, quando o novo elemento é o objeto. Não há que se confundir, neste caso, com a dação em

pagamento, pois a dação é satisfativa, ou seja, o devedor dá no exato momento algo para que reste satisfeito o credor; já na novação objetiva uma nova obrigação é formada, não havendo, portanto, quitação, e sim novação. Poderá ser, ainda, *subjetiva*, nas situações em que a nova obrigação comporte novos sujeitos, assim, ser *subjetiva ativa* (quando um novo credor é tido na nova obrigação) ou *subjetiva passiva* (quando um novo devedor surge, em substituição ao primeiro, na nova obrigação). A *novação subjetiva passiva* poderá dar-se, ainda, com (*novação subjetiva passiva por delegação*) ou sem (*novação subjetiva passiva por expromissão*) o consentimento do devedor original. Importa, ainda, realçar que as modalidades subjetiva ativa e passiva da novação não se confundem com os institutos de transmissão das obrigações. Ainda uma vez realçamos que, na *cessão de crédito* e na *assunção de dívida*, o que se tem é a transmissão de uma obrigação e não a sua extinção para a criação de uma nova que a substitua, como ocorre na novação, em qualquer de suas modalidades. É, assim, na prática, na maior parte das vezes, a intenção de novar a obrigação, o marco distintivo entre a novação e os meios de transmissão das obrigações.

2.6.2.6 Compensação (art. 368 e ss. do CC)

O art. 368 do Código Civil dispõe que, "se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem". A compensação é, assim, o meio pelo qual restam extintas obrigações recíprocas. Pela compensação há, portanto, desfazimento de obrigação em razão da equivalência de débitos entre as partes. A compensação poderá ser legal ou convencional. Sendo legal, hão de ser observados os seguintes requisitos: a) *reciprocidade dos créditos*, ou seja, não se pode compensar "o nada". Para que as partes possam compensar seus créditos, deverá haver créditos recíprocos. Para que Lucas possa compensar seus créditos com Daniel, é necessário que Lucas seja devedor de Daniel e vice-versa; b) *exigibilidade dos créditos*, ambos os créditos devem ser exigíveis, não se podendo, assim,

compensar dívida já vencida com dívida vincenda, sendo, ainda, em regra, as dívidas líquidas e certas (art. 369 do CC); e, por fim, c) *fungibilidade dos débitos* ou *homogeneidade das prestações*: o art. 370 do Código Civil dispõe expressamente que, ainda que sejam "do mesmo gênero as coisas fungíveis, objeto das duas prestações, não se compensarão, verificando-se que diferem na qualidade, quando especificada no contrato". Assim, dois criadores de gado de exposição não poderão compensar as dívidas que têm entre si se um deve o gado da raça "Y" e o outro lhe deve o gado da raça "X". É necessário que os objetos prestacionais sejam fungíveis entre si. Quando for *convencional*, a compensação dependerá tão-somente da vontade das partes. Há dívidas não compensáveis por determinação de lei (art. 373 do CC), mas as partes podem, também, convencionar que a obrigação não será compensável.

2.6.2.7 Confusão (art. 381 do CC)

É o desfazimento de obrigação pelo fato de credor e devedor terem se tornado a mesma pessoa (art. 381 do CC). A confusão pode ser *parcial* ou *total* (art. 382 do CC). É total quando importa na extinção da obrigação e parcial quando tão-somente uma parte do crédito se extingue pela confusão. Dada a confusão, extinguem-se a obrigação principal e as obrigações acessórias. Importa salientar que a confusão na obrigação acessória (entre fiador e credor) não importa em extinção da obrigação principal (art. 384 do CC).

2.6.2.8 Remissão (art. 385 do CC)

É a liberação do devedor por liberalidade do credor. Assim, o credor abre mão dos seus direitos em relação ao devedor.

2.7 Inadimplemento e mora

A obrigação, como regra, deve ser cumprida. Assim, o inadimplemento consiste em patologia na obrigação. O princípio que assinala a obri-

gatoriedade da avença é o *pacta sunt servanda*. Desse modo, a regra é que o contrato faz lei entre as partes e, portanto, deve ser cumprido.

O art. 389 do Código Civil disciplina que, caso não seja cumprida a obrigação, o devedor responderá por perdas e danos, mais juros e atualização monetária, segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Assim, deve-se deixar claro que o inadimplemento pode ser *absoluto* ou simplesmente *mora*.

O inadimplemento absoluto de uma obrigação é o seu não-cumprimento. Neste caso, deverá ser feita a análise de maneira a saber se houve ou não culpa do devedor. Sendo o inadimplemento culposo, o devedor responderá pela devolução de valores eventualmente pagos, acrescidos das perdas e danos. Da mesma forma, responderá o devedor nos casos de responsabilidade objetiva.

Pode ser que o inadimplemento absoluto não seja imputável ao devedor, por haver, no caso, a hipótese de não-incidência da culpa (caso fortuito ou força maior). Ocorrerá o caso fortuito ou força maior nas situações em que for impossível ao devedor evitar o inadimplemento, quer seja por fatos humanos, quer seja por fatos naturais (greve, motim, maremoto, terremoto). Havendo caso fortuito ou força maior, o devedor não será responsável pelo inadimplemento, a menos que tenha se responsabilizado expressamente por ele (art. 393 do CC).

Se a obrigação for cumprida de maneira inadequada ou, então, havendo retardamento no cumprimento da obrigação, tratamos da mora.

A mora é, assim, o retardamento no cumprimento ou o cumprimento defeituoso de uma obrigação. Podemos aferir a situação de mora sempre que, não tendo sido cumprida a obrigação no seu tempo e forma devidos, ainda é possível ao devedor, pelo critério de utilidade da prestação ao credor, cumprir com a sua obrigação.

Desse modo, sempre que a obrigação não cumprida ainda puder ser adimplida (mesmo que tardiamente), sem prejuízo da utilidade que a prestação tem ao credor, teremos caso de mora do

devedor (*mora solvendi*). De outro lado, quando a obrigação que não é cumprida no tempo e forma adequados (avençados) já não tem mais, em sua prestação, utilidade para o credor, estamos em situação de inadimplemento absoluto. O inadimplemento absoluto, desse modo, poderá ser *total* (quando nada do avençado foi cumprido) ou *parcial* (quando apenas uma parte do avençado foi cumprida).

A mora poderá ser, também, do credor (*mora accipiendi*). O credor por vezes é chamado à atividade na relação obrigacional; se, nestas situações, vemos a abstenção do credor, estaremos diante de caso de *mora creditoris* ou mora do credor. É o caso, por exemplo, do credor que, tendo avençado que escolherá o objeto em obrigação de dar coisa incerta, não o faz. Este credor está em mora. Os efeitos da *mora accipiendi* interrompem o curso dos juros (art. 400 do CC) e importam em transferir a responsabilidade pela conservação da coisa ao credor (que está em mora). O devedor será ressarcido, assim, pelo credor, das despesas que teve, depois da mora, para conservação do bem. Além disso, o credor se sujeita a receber a coisa pelo seu maior preço, se este oscilar entre o tempo do vencimento e o do pagamento.

É de notar que a culpa é elemento ínsito à *mora solvendi* (mora do devedor), mas não o é da mora do credor. Nos casos de mora do credor, caberá ao devedor proceder de forma a se liberar do vínculo, até mesmo com a consignação do respectivo pagamento.

Se a obrigação é negativa, ou seja, consiste em não fazer algo, o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster (art. 390 do CC). Uma situação especial de inadimplemento encontra-se nos contratos benéficos ou gratuitos. Nestas situações, o contratante a quem o contrato aproveita (por exemplo, o donatário) responderá por simples culpa, já o contratante que se sacrificou (por exemplo, o doador) somente será responsabilizado se verificado que agiu com dolo (art. 392 do CC).

Quanto à constituição em mora, realizar-se-á de pleno direito nas situações em que houver avença do prazo para cumprimento, segundo o princípio *dies interpellat pro homine*, a chamada *mora ex re*

(art. 397 do CC). Não havendo, todavia, prazo previsto para o cumprimento, caberá ao interessado interpelar a parte para que reste constituída em mora, a chamada mora *ex personae*.

2.8 Cláusula penal

Consiste em obrigação acessória, pecuniária ou não, fixada pelos contratantes, que deve ser cumprida caso haja inadimplemento da obrigação principal. Tem por finalidade assegurar o fiel cumprimento da obrigação, bem como estabelecer antecipadamente perdas e danos. Pode ser, portanto: a) *moratória*: fixada para o caso de retardamento no cumprimento da obrigação; b) *compensatória*: estabelecida para o caso de inadimplemento completo da obrigação ou de uma das cláusulas do contrato.

Quanto ao valor da cláusula penal, salvo disposição em contrário, estabelece o art. 412 do Código Civil que não poderá exceder o valor da obrigação principal. Além disso, o magistrado pode diminuir tal valor, quando cumprida parcialmente a obrigação.

2.9 Arras

"É quantia em dinheiro, ou outra coisa fungível, entregue por um a outro contratante, a fim de assegurar o pontual cumprimento da obrigação" (MONTEIRO, 2003, p. 356, v. 4). As arras podem ser *confirmatórias* (art. 417 do CC) ou *penitenciais* (art. 420 do CC). Havendo consenso para a resolução do contrato, caso fortuito ou força maior, não há que se falar em pagamento de arras. As *funções das arras confirmatórias* são: a) confirmação do contrato, que se torna obrigatório; b) antecipação da prestação; c) prévia determinação mínima de perdas e danos pelo descumprimento das obrigações. O arrependimento implica perda do valor das arras ou sua devolução em dobro (art. 418 do CC). A parte

inocente pode pedir perdas e danos suplementares ou exigir o cumprimento do contrato acrescido de perdas e danos (art. 419 do CC). As arras penitenciais somente existem quando forem expressas (art. 420 do CC). Distinguem-se da cláusula penal porque são dadas no início do contrato, enquanto a cláusula penal deve ser exigida em eventual caso de inadimplemento. A conseqüência também é perda das arras ou devolução em dobro (art. 420 do CC). Não há possibilidade de indenização suplementar ou exigência de conclusão do contrato (art. 420 do CC).

Questões

Elementos constitutivos

1. **(OAB/SP - 132º) Constitui exemplo de vínculo obrigacional em que há débito de uma pessoa, mas responsabilidade de outra, a dívida:**
   (A) decorrente de jogo
   (B) prescrita.
   (C) do inquilino, paga pelo fiador.
   (D) decorrente de compra e venda.

Classificação das obrigações

1. **(OAB/CESPE-UnB - 2006.3) Em conformidade com o direito das obrigações, assinale a opção incorreta:**
   (A) a obrigação alternativa ou facultativa tem natureza complexa porque possui prestações e objetos múltiplos, exigíveis cumulativamente, em que o devedor se libera prestando integralmente todas as prestações pactuadas, salvo em razão do perecimento de uma ou de algumas das prestações em razão de caso fortuito ou por força maior.
   (B) se a obrigação for solidária, e houver novação entre credor e um dos devedores solidários, somente sobre os bens do que contraiu

a nova obrigação remanescem todas as garantias do crédito novado, ficando, por esse fato, exonerados os outros devedores.

(C) nas obrigações de meio, o devedor satisfaz a obrigação desde que demonstre que todas as possibilidades foram utilizadas para atingir o objetivo pretendido, mas não necessário.

(D) o credor de coisa certa não pode ser obrigado a receber outra, mesmo sendo mais valiosa. O devedor só se desonera da obrigação após entregar ao credor exatamente a coisa que prometeu dar. Do contrário, a obrigação converte-se em perdas e danos.

2. (OAB/DF – 2005.2) Ainda sobre obrigações. Marque a errada:

(A) se, havendo dois ou mais devedores, a prestação não for divisível, cada um será obrigado pela dívida toda.

(B) na hipótese de solidariedade passiva, não importa renuncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores.

(C) a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

(D) impossibilitando-se a prestação por culpa de um dos devedores solidários, somente este responde pelo encargo de pagar o equivalente, acrescido de perdas e danos.

3. (OAB/SP – 123º) "A" e "B" obrigaram-se a entregar a "C" e "D" um boi de raça, que fugiu por ter sido deixada aberta a porteira, por descuido de "X", funcionário de "A" e "B". Pode-se dizer que a obrigação é:

(A) indivisível, que se tornou divisível pela perda do objeto da prestação, com responsabilidade dos devedores "A" e "B", pela culpa de "X", seu funcionário.

(B) solidária, com responsabilidade dos devedores "A" e "B", por culpa de seu funcionário, ante a perda do objeto da obrigação.

(C) indivisível, tornando-se divisível com o perecimento do objeto, sem culpa dos devedores "A" e "B" e sem responsabilidade destes.

(D) simplesmente divisível com o perecimento do objeto da prestação, respondendo objetivamente "A" e "B" pela culpa de seu empregado "X".

4. (OAB/SP – 121º) "A", "B" e "C" são devedores solidários de "D" pela quantia de R$ 60.000,00. "D" renuncia à solidariedade em favor de "A". Com isso:

(A) "D" perde o direito de exigir de "A" prestação acima de sua parte no débito, isto é, R$ 20.000,00. "B" e "C" responderão solidariamente por R$ 40.000,00, abatendo da dívida inicial de R$ 60.000,00 a quota de "A". Assim, os R$ 20.000,00 restantes só poderão ser reclamados daquele que se beneficiou com a renúncia da solidariedade.

(B) "D" pode cobrar de "A" uma prestação acima de R$ 20.000,00; "B" e "C" responderão solidariamente pelos R$ 60.000,00.

(C) "D" perde o direito de exigir de "A" prestação acima de sua parte no débito e "B" e "C" continuarão respondendo solidariamente pelos R$ 60.000,00.

(D) "A", "B" e "C" passarão a responder, ante a renúncia da solidariedade, apenas por sua parte no débito, ou seja, cada um deverá pagar, a "D", R$ 20.000,00.

5. (OAB/PI – 2005.1) Nas obrigações solidárias:

(A) importará renúncia da solidariedade à propositura da ação, pelo credor, contra um dos devedores.

(B) cada um dos credores solidários tem direito a exigir, do devedor, o cumprimento apenas do seu montante.

(C) no caso de rateio entre os co-devedores, contribuirão também os exonerados da solidariedade pelo credor, pela parte que, na obrigação, incumbia ao insolvente.

(D) a solidariedade pode ser presumida.

Transmissão das obrigações

1. (OAB/DF – 2005.2) Sobre a transmissão das obrigações, assinale a assertiva errônea:

(A) qualquer das partes pode assinar prazo razoável ao credor para que consinta na assunção de dívida, interpretando-se o seu silêncio como assentimento.

(B) a cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor senão quando a este notificada; mas, por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.
(C) o crédito, uma vez penhorado, não pode mais ser transferido pelo credor que tiver conhecimento da penhora; mas o devedor que o pagar, não tendo notificação dela, fica exonerado, subsistindo somente contra o credor os direitos de terceiro.
(D) na cessão de crédito, como os demais negócios jurídicos em geral, para ser válida, imprescinde-se da capacidade das partes.

2. (OAB/SP - 132°) Quanto à assunção de dívida, é errado afirmar que:
(A) tem previsão expressa no Código Civil.
(B) só ocorre se o credor assim consentir.
(C) devidamente cientificado o credor a respeito da assunção, seu silêncio significará aceitação
(D) depende de aceitação do credor.

Regras do pagamento

1. (OAB/RJ - 32°) Em relação ao pagamento de uma dívida, assinale a opção correta.
(A) o credor pode ser obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, se aquela for mais valiosa.
(B) ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou
(C) nunca pode ser realizado por terceiro, estranho ao vínculo obrigacional.
(D) podem as partes, em qualquer caso, estabelecer cláusula de reajuste pela variação de moeda estrangeira.

2. (OAB/RS - 2007.2) Assinale a assertiva correta:
(A) o Código Civil contém a regra geral de admissão do pagamento em moeda estrangeira.

(B) se o contrato for firmado por instrumento público, a quitação deve obedecer a essa forma.
(C) em princípio, a novação do credor com o devedor sem o consentimento do fiador não importa exoneração deste.
(D) em relação ao lugar do pagamento, se não houver determinação em contrário, a presunção é que as dívidas sejam pagas no domicílio do devedor.

3. (OAB/MG - 2005.3) Quanto ao adimplemento e extinção das obrigações, é correto afirmar:
(A) o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, exceto se for mais valiosa.
(B) a quitação somente poderá ser dada por instrumento público.
(C) a entrega do título ao devedor firma a presunção do pagamento.
(D) o pagamento cientemente feito a credor incapaz não é válido, mesmo que o devedor prove que em benefício dele efetivamente reverteu

Meios indiretos de extinção das obrigações

1. (OAB/SP - 120°) A operação de mútua quitação entre credores recíprocos é:
(A) confusão.
(B) compensação
(C) imputação
(D) transação.

2. (OAB/AL/BA/CE/PE/PB/PI/SE/RN - 2004.20) O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida através do instituto da:
(A) novação.
(B) dação em pagamento.
(C) compensação.
(D) remissão.

3. (OAB/SP - 125°) A novação ocorre quando:
(A) o credor consente em receber prestação diversa da que lhe é devida com o intuito de extinguir a obrigação

(B) um novo devedor sucede ao antigo, ficando este último quite com o credor.
(C) se confundem em uma mesma pessoa as qualidades de credor e devedor.
(D) duas pessoas forem, ao mesmo tempo, credor e devedor uma da outra, de dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis, extinguindo-se as obrigações até onde puderem ser abatidas.

4. (OAB/DF - 2006.1) Assinale a alternativa correta:
(A) os bens naturalmente divisíveis não podem tornar-se indivisíveis por vontade das partes;
(B) o evicto tem direito a receber o preço que pagou pela coisa evicta, se esta se der e se não soube do risco da evicção, ou, dele informado, não o assumiu, salvo existência de cláusula que exclui a garantia;
(C) se ambas as partes procederem com dolo, ambas poderão alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização;
(D) a expromissão é uma novação por substituição do devedor efetuada independentemente de seu consentimento.

5. (OAB/SP - 133°). A empresa A é devedora da empresa B de quantia em dinheiro. Posteriormente, ocorre uma incorporação societária de B por A. Nessas condições, indique o que ocorrerá com a dívida existente:
(A) deixará de existir, por remissão.
(B) deixará de existir, por confusão.
(C) continuará a existir, por novação.
(D) continuará a existir, pela não-satisfação da obrigação.

Gabarito

Elementos constitutivos

1. C

Classificação das obrigações

1. A
2. D

3. A
4. A
5. C

Transmissão das obrigações

1. A
2. C

Regras do pagamento

1. B
2. D
3. C

Meios indiretos de extinção das obrigações

1. B
2. B
3. B
4. D
5. B

3

Parte Especial – Direito Contratual

Fábio Vieira Figueiredo

3.1 Elementos dos contratos

O contrato é uma convenção estabelecida entre duas ou mais pessoas para constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica. O centro gravitacional do contrato é o *elemento volitivo*, ou acordo de vontades entre as partes. Sendo assim, seus elementos são subjetivos e objetivos.

3.1.1 Subjetivo

O elemento subjetivo de todo e qualquer contrato são as partes contratantes, que devem ter capacidade para contratar ou ser assistidas ou representadas, conforme a situação de incapacidade relativa ou absoluta.

3.1.2 Objetivo

O objeto disposto entre as partes deve ser lícito, possível (física e juridicamente) e determinável; além disso, não poderá atentar contra a ordem pública. A forma não pode ser defesa, ou seja, proibida por lei.

3.2 Princípios que regem o direito contratual

3.2.1 Autonomia da vontade

A autonomia da vontade é o mais importante princípio do direito contratual. A ampla liberdade das partes para contratar abrange a possibilidade de contratar ou não, a escolha de contratantes e a disposição das cláusulas. A estipulação de um contrato pode ir para além dos contratos previstos na lei, desde que as disposições gerais do Código Civil sejam respeitadas (art. 425 do CC). Note-se que a noção exata, aqui, é de *autonomia privada de contratação*, ou seja, a autonomia da vontade não pode ser confundida com o voluntarismo contratual (NANNI, 2001). A autonomia está limitada pelos comandos da moral, da boa-fé, da ordem pública, do solidarismo, da função social (equilíbrio intrínseco e estabilidade extrínseca do contrato) e da igualdade substancial.

3.2.2 Supremacia da ordem pública

A supremacia da ordem pública é que limita a autonomia da vontade. É a supremacia da ordem pública que faz que o Estado intervenha nas relações contratuais colocando freios aos desmandos dos particulares. Desse modo, por meio deste princípio, regulam-se as situações de hipossuficiência, como as relações contratuais de consumo, o controle da economia popular e outros aspectos sociais que devem ser respeitados pelos contratos entre particulares.

3.2.3 Obrigatoriedade do contrato (*pacta sunt servanda*)

O contrato faz lei entre as partes, e esta é uma premissa inarredável que decorre do princípio maior da segurança jurídica. Assim, o contrato entabulado dentro dos limites da lei, da moral, dos bons costumes e da ordem pública é regra que deve ser cumprida entre as partes que o dispuseram. Há que se fazer referência, aqui, ao fato de que, em contratos bilaterais, comutativos, as partes têm direitos e deveres recíprocos. Nos referidos casos, vigora a possibilidade de alegação

da *exceção do contrato não cumprido*. A *exceptio non adimpleti contractus* – fundamento do princípio da igualdade – só se aplica em contratos bilaterais (art. 476 do CC), em regra, é matéria de defesa que incumbe à parte que alega provar. Contudo, não adimplindo uma das partes com a sua prestação, a outra poderá ajuizar ação para que não lhe seja imputado o inadimplemento. Se o contrato foi apenas parcialmente adimplido, a forma que se usa é a da exceção do contrato parcialmente não cumprido: *exceptio non rite adimpleti contractus*. Reza o art. 476: "Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro".

3.2.4 Consensualismo

O contrato é um consenso entre as partes, e é assim que se perfaz, mediante o consenso. Há contratos, porém, que necessitam, para restarem aperfeiçoados, da entrega efetiva da coisa. Nestes casos, tratamos de exceções em que chamamos o contrato de *contrato real*.

3.2.5 Relatividade contratual

Pelo princípio da relatividade contratual, o contrato só gera efeitos para as partes que se obrigam a ele. Contudo, constituem exceções a este princípio: a promessa por fato de terceiro, a estipulação em favor de terceiro e a sucessão *mortis causae* em obrigação não personalíssima.

3.2.6 Função social

O art. 421 do Código Civil dispõe que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. É de analisar, para a função social do contrato, minimamente, dois aspectos. A função social pode ser vista como princípio entre as partes e, neste caso, visa afastar a possibilidade de uma contratação injusta, ou seja, a relação contratual deverá ser equilibrada entre as partes (função social intrínseca) para que se evite que um dos contratantes venha a submeter o outro, até mesmo porque, na moderna tônica da relação contratual, há que se falar em cooperação entre os con-

tratantes e não em submissão. Por outro lado, a função social pode ser analisada do ponto de vista da sociedade, e, neste caso, devemos atentar para o fato de que o contrato não poderá, ainda que justo entre as partes e equilibrado, prejudicar a coletividade (função social extrínseca). Deve ser entendido sob dois aspectos:

a. o contrato bilateral deve encerrar trocas úteis e justas (Enunciado 22: "Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas" – aprovado na *I Jornada de Direito Civil* da CJF);
b. minimização do princípio da relatividade contratual (função social extrínseca) (Enunciado 21: "Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito"; e, ainda, Enunciado 23: "Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana" – Enunciados aprovados na *I Jornada de Direito Civil* da CJF).

Sob estes aspectos, podemos entender que a função social dos contratos limita o voluntarismo ou liberdade ampla e irrestrita de contratação, combatendo abusos contratuais em relações desiguais.

3.2.7 Boa-fé

O princípio da boa-fé deve ser observado antes, durante e depois da efetiva formação e execução do contrato. A boa-fé pode ser subjetiva (intenção das partes) ou objetiva. O art. 422 é uma cláusula geral de aplicação da boa-fé; ele deve ser entendido como vetor da boa-fé objetiva. A interpretação de um contrato sempre se dará, objetivamente, com base na boa-fé (art. 113 do CC). Os contratantes devem, assim, pautar-se nos ditames da probidade e da boa-fé.

3.2.8 Revisão contratual

Pelo princípio da revisão contratual, o contrato que, por motivo imprevisível, se torna excessivamente oneroso a uma das partes deverá ser revisto. Desse modo, serão requisitos da revisão a onerosidade excessiva e a imprevisão (art. 317, c/c o art. 478 e ss. do CC). Como é preciso velar pela equivalência das prestações das partes no contrato, a revisão do contrato é possível para não onerar excessivamente uma delas. A teoria da imprevisão, como também é chamada, ou cláusula *rebus sic stantibus*, tem como requisitos: excessiva onerosidade contratual; que o contrato não esteja totalmente cumprido; que o motivo turbador tenha sido estranho às partes. Além disso, a revisão do contrato só é possível em contratos de execução diferida ou trato sucessivo, visto que na execução instantânea não é mais possível a revisão do contrato por já restar findo. É de ressaltar, ainda, que a imprevisão será exigível apenas nas relações civis puras, pois nas relações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor basta a onerosidade excessiva.

3.3 Requisitos de validade

São requisitos de validade do contrato:

a. acordo de vontades;
b. agente capaz;
c. objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
d. forma prescrita ou não defesa em lei;
e. ausência de defeitos que podem ser causadores de sua nulidade ou anulabilidade.

3.4 Classificação dos contratos

a. *Quanto aos deveres das partes*:
   - Unilaterais: cria deveres apenas para uma das partes.
   - Bilaterais: cria deveres para ambas as partes.

b. *Quanto ao benefício das partes*:
   - Oneroso: ambas as partes se beneficiam.
   - Gratuito: apenas uma das partes se beneficia juridicamente do contrato (ex.: doação pura).

c. *Quanto aos riscos no contrato*:
   - Comutativos: prestações determinadas.
   - Aleatórios: prestações indeterminadas. Há incerteza quanto à prestação obtida. Neste contrato, há risco (*alea*). O contrato poderá ser aleatório quanto à existência da coisa (*emptio spei*). O art. 458 do Código Civil dispõe que "se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assuma, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir". Poderá ser aleatório quanto à quantidade da coisa (*emptio rei speratae*). E, neste caso, "se for aleatório, por serem objeto dele coisas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade, terá também direito o alienante a todo o preço, desde que de sua parte não tiver concorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior à esperada. Parágrafo único. Mas, se da coisa nada vier a existir, alienação não haverá, e o alienante restituirá o preço recebido" (art. 459 do CC). Por fim, a aleatoriedade do contrato pode se dar pela sujeição ao perecimento da coisa (art. 460 do CC). Em qualquer dos casos, não poderá o alienante *agravar o risco do adquirente*, pois é este o elemento que rompe a disposição de contrato aleatório. Ou seja, se Daniel comprou um bezerro que ainda estava no ventre da vaca na fazenda de João, assumindo os riscos de a coisa vir a existir ou não, não poderá, João, deixar de alimentar o animal, tendo em vista que já está alienado o bezerro. Do mesmo modo, se Daniel adquiriu a próxima safra de café de João, não poderá João deixar de irrigá-la e tratá-la por já ter alienado a safra. No concernente ao bem sujeito ao perecimento, a sua alienação aleatória poderá ser anulada como dolosa pelo prejudicado, se restar provado que o

outro contratante não ignorava a consumação do risco a que, no contrato, considerava-se exposta a coisa (art. 461 do CC).

d. *Quanto à previsão legal*:
   - **Típicos ou nominados:** previstos e regulamentados por lei. O modo de desenvolvimento do contrato é previsto pela lei; daí decorre sua tipicidade.
   - **Atípicos ou inominados:** não há designação em lei; estão dentro da esfera de liberdade das partes (art. 425 do CC).

e. *Quanto à forma de aperfeiçoamento*:
   - **Consensuais:** formam-se com a manifestação de vontade.
   - **Reais:** formam-se com a entrega da coisa.

f. *Quanto à consideração recíproca*:
   - **Principais:** existem *per se* (ex.: locação).
   - **Acessórios:** dependem do contrato principal (ex.: fiança da locação).

g. *Quanto ao momento de execução*:
   - **De execução instantânea:** consuma-se em um só ato, após a execução (pagamento à vista).
   - **De execução diferida:** consuma-se em um só ato, mas no futuro (pagamento postergado para data única).
   - **De trato sucessivo:** consuma-se por meio de atos reiterados (pagamento fracionado).

h. *Quanto à discussão das cláusulas*:
   - **Adesão:** não há liberdade de discussão de cláusulas. Em que pese haver a vontade de ambas as partes, não há fase de punctuação contratual.
   - **Paritários:** permitem a discussão de cláusulas, fase de punctuação contratual.
   - **Contrato-tipo:** é o contrato de formulário que não se confunde com o contrato de adesão, pois há fase de punctuação e são acrescentadas cláusulas à mão ou por procedimento mecânico.

i. *Quanto à formalidade*:
   - **Formais:** possuem forma prescrita em lei que, quando não observada, gera a nulidade do contrato (ex.: compra e venda de bem imóvel deve se dar de forma escrita).

   - **Informais:** não há forma prevista na lei.

j. *Quanto à solenidade*:
   - **Solenes:** a lei prevê solenidade para que se aperfeiçoe (ex.: registro).
   - **Não solenes:** a lei não prevê solenidade para que se aperfeiçoe.

k. *Quanto à definitividade*:
   - **Preliminares:** antecedem o definitivo. Implica a confecção do contrato principal.
   - **Definitivos:** o contrato propriamente dito.

3.5 Formação dos contratos

O contrato é um acordo de vontades. Nasce, portanto, de uma proposta aceita. Situações de sondagens, conversas prévias, debates e até minutas, projeções, simulações e orçamentos não vinculam as partes.

Dessa forma, a *proposta* firme, com dados suficientes, quando havida, em regra, obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso (art. 427 do CC).

O art. 428 do Código Civil dispõe que: "Deixa de ser obrigatória a proposta: I – se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante; II – se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente; III – se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado; IV – se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente". (grifos nossos)

Outra forma de propor é policitar. A *policitação*, assim, é a oferta feita ao público e, desde que constem dela os requisitos essenciais, como objeto e preço, também obriga o policitante. A oferta sempre poderá ser revogada pela mesma via eleita para a oferta (jornal, por exemplo), *desde que ressalvada a faculdade de revogação na oferta realizada*.

Caso a aceitação seja procedida fora do prazo, com adições, restrições ou modificações, importará em nova proposta. Em regra,

a aceitação, para a formação do contrato, deve ser expressa, mas o art. 432 do Código Civil determina que, "se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa". A aceitação só será válida se não chegar antes dela, ou junto com ela, o arrependimento do oblato.

Se o contrato é celebrado com *declarações intervaladas* (entre ausentes), torna-se perfeito desde que a aceitação é expedida, exceto: se antes da aceitação ou junto com ela chegar a informação de arrependimento do oblato (aceitante); se o proponente se houver comprometido a esperar resposta; ou se a resposta (aceitação) não chegar no prazo convencionado.

No caso dos contratos entre ausentes, duas são as teorias que contemplam sua formação:

1. **Teoria da informação ou cognição:** segundo essa teoria, o contrato considera-se perfeito no momento em que o ofertante tem ciência da aceitação do aceitante, pois se torna impossível a formação do vínculo contratual sem que o aceitante e o proponente conheçam um a vontade do outro. Existe um sério inconveniente na referida teoria, já que ela deixa ao desejo do proponente conhecer a aceitação ou não. Esta teoria não foi abarcada pelo Código Civil de 2002.
2. **Agnição ou declaração:** segundo essa teoria o contrato, aperfeiçoa-se no momento em que o aceitante manifesta a sua aceitação. Esta teoria conta com subteorias:
   - subteoria da declaração da vontade propriamente dita: segundo essa teoria, a manifestação de vontade e, portanto, o aperfeiçoamento do contrato ocorre no momento de redação da aceitação. A falha desta subteoria fica evidente se imaginarmos a possibilidade de uma aceitação redigida, mas não enviada. Ora, por óbvio que é, em hipótese alguma o contrato estará aperfeiçoado enquanto o proponente não tiver ciência ao menos da existência da aceitação;
   - subteoria da expedição: reputa-se perfeito esse contrato no exato momento da expedição da aceitação. Desse modo, não

existe apenas a redação da aceitação, mas é absolutamente necessária a sua expedição;
   - subteoria da recepção: segundo essa subteoria, reputa-se perfeito o contrato no exato momento em que o proponente tem em suas mãos a aceitação de sua proposta, ainda que não proceda à sua leitura.

O Código Civil, por absurdo que seria a adoção da teoria da informação, *adotou a teoria da agnição na subteoria da expedição*. Entende-se, por conseguinte, que, com a expedição da epístola de aceitação, o aceitante fez tudo o que poderia para a conclusão do negócio jurídico.

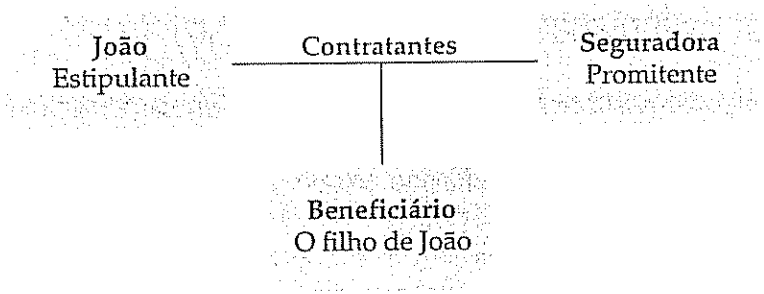
3.6 Estipulação em favor de terceiro

Dá-se a estipulação em favor de terceiro quando uma pessoa (o estipulante) convenciona com outra (o promitente) uma obrigação em que a prestação será cumprida em favor de outra pessoa (beneficiário). Trata-se de exceção ao princípio da relatividade dos contratos. O consentimento do beneficiário não é necessário para a constituição do contrato. Além disso, o beneficiário pode recusar-se a receber a estipulação feita em seu favor. O estipulante e o promitente devem suprir os requisitos subjetivos da capacidade para contratar, pois o beneficiário é terceiro. Qualquer pessoa pode ser indicada como beneficiária, desde que seja sujeito de direitos e determinável.

Reza o art. 438 do Código Civil que: "O estipulante pode reservar-se o direito de substituir o terceiro designado no contrato, independentemente da sua anuência e da do outro contratante. Parágrafo único. A substituição pode ser feita por ato entre vivos ou por disposição de última vontade". Sendo assim, o beneficiário pode ser substituído pelo estipulante a qualquer momento, desde que tal situação esteja prevista, nos termos contratuais. O art. 437 do Código Civil dispõe que "se ao terceiro, em favor de quem se fez o contrato, se deixar o direito de reclamar-lhe a execução, não poderá o estipulante exonerar o devedor". Logo, não há a possibilidade de remissão ao devedor

pelo estipulante nesse caso. A vantagem que receberá o beneficiário poderá não ser gratuita. O estipulante pode entabular o cumprimento de determinados encargos para que se aperfeiçoe o direito do beneficiário. O promitente jamais poderá opor ao beneficiário o crédito que ele eventualmente tenha com o estipulante.

É, portanto, situação de estipulação em favor de terceiro aquela, por exemplo, em que João contrata um seguro de vida em favor de seu filho de dois anos de idade. Perceba que a criança não tem capacidade para contratar nem pode ser contratante. Mas no evento morte de João terá influência de efeitos do contrato havido. Assim, a situação pode ser representada pelo seguinte quadro:



3.7 Promessa por fato de terceiro

A inexecução não acarreta ônus para o terceiro obrigado. Tal ônus só será levado ao terceiro quando ele efetivamente aceitar o fato prometido. A partir desse momento, o promitente já não terá mais qualquer responsabilidade ou obrigação com relação àquele contrato. As formas de aceitação do prometido podem ser: a) *expressa* (assinado) ou b) *tácita* (simplesmente cumprindo), mas jamais sua aceitação será presumida. Ocorre a distinção da aceitação da promessa por fato de terceiro e da novação: na novação, um dos indivíduos sai da relação para ser substituído por uma outra pessoa que não fazia parte da relação, extingue-se uma e cria-se uma nova, e, na promessa por fato de terceiro, já nasce com a terceira pessoa mencionada na relação.

3.8 Contrato com pessoa a declarar

Uma das partes tem a faculdade de indicar outra pessoa que irá adquirir os direitos ou assumir os deveres previstos no contrato (art. 467 e ss. do CC). Entretanto, caso não haja indicação de terceira pessoa, a indicação não seja aceita por ela ou, ainda, se a pessoa indicada for insolvente ou incapaz no momento da indicação, o contrato somente produzirá efeitos entre os contratantes originários (arts. 470 e 471, ambos do CC).

3.9 Garantias contratuais

Os contratos estabelecem um vínculo entre as partes, garantindo a confecção perfeita do negócio jurídico. Para tanto, quem realiza um contrato possui algumas garantias, inerentes ao próprio documento. Assim, o alienante é obrigado a fazer bons a coisa e o direito transmitidos. No que concerne à coisa, a garantia se dá acerca dos vícios redibitórios; no que concerne ao direito, no que tange à evicção.

3.9.1 Vícios redibitórios

São defeitos ocultos da coisa que a tornam imprópria ao fim a que se destina ou lhe diminuem o valor de tal forma que o contrato não se teria realizado. A previsão legal encontra-se no art. 441 do Código Civil, e, para relações de consumo, no art. 18 e ss. do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90. Os requisitos para que se dê a garantia pelos vícios redibitórios são:

1. contrato comutativo;
2. defeito oculto: aquele que não é perceptível aos olhos de uma pessoa de diligência média mediante exame elementar da coisa;
3. desconhecimento do vício pelo adquirente;
4. preexistência do vício à alienação;
5. que o vício torne a coisa completamente imprópria ao uso a que se destina ou lhe reduza o valor.

Não há, portanto, necessidade de culpa do alienante; basta, para que se verifique a garantia, que ocorra o vício na coisa (art. 443 do CC). Como conseqüência, o adquirente terá o direito de rejeitar a coisa e exigir a devolução dela e do valor pago ou pedir abatimento no preço.

Prazos: O art. 445 do CC determina: "O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de 30 (trinta) dias se a coisa for móvel, e de 1 (um) ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade". Sendo assim, por regra geral, o prazo é decadencial de 30 dias para bens móveis e de um ano para bens imóveis. Se o adquirente já estiver na posse do bem, o prazo será contado à metade (é o caso, por exemplo, do inquilino que já está na posse do imóvel e, depois, adquire-o em propriedade). O § 1º desse mesmo artigo dispõe: "§ 1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, em se tratando de bens móveis; e de 1 (um) ano, para os imóveis". Tratamos aqui, por conseguinte, de um vício que não é meramente oculto, mas, para além disso, ele é de difícil percepção, uma vez que só se manifesta depois de muito tempo. Nestes casos, o prazo começará a fluir depois de detectado o vício.

AÇÕES CABÍVEIS

Ação redibitória: por meio da qual o adquirente rejeita a coisa, rescindindo o contrato, e recobra o preço pago.
Ação estimatória ou *quanti minoris*: conserva a coisa e reclama abatimento.

3.9.2 Evicção

Ocorre a evicção quando o adquirente de uma coisa se vê total ou parcialmente privado dela, em virtude de sentença judicial ou em casos de desapropriação. Assim, trata-se da perda *total* ou *parcial* da coisa, em mão do adquirente, por força de ato de império do Estado, que a defere a outrem baseado em causa preexistente ao contrato. Repousa, tal qual a garantia pelo vício redibitório, no dever geral de garantia que tem o alienante sobre as coisas e direitos que transmite.

São, portanto, requisitos para que se dê a evicção:

a. que o contrato seja oneroso;
b. a perda da coisa por ato estatal;
c. a anterioridade do direito do terceiro. Nos casos de perda parcial, mas considerável, poderá o evicto optar entre a rescisão do contrato e a restituição da parte do preço correspondente ao desfalque sofrido.

A garantia da evicção poderá ser excluída pelas partes, mas, quando isto se der, para que seja válida a exclusão, deverá ser expressa e constar efetivamente o fato do qual o adquirente está excluindo sua responsabilidade, sob pena de não ter qualquer validade a exclusão: "Art. 449. Não obstante a cláusula que exclui a garantia contra a evicção, se esta se der, tem direito o evicto a receber o preço que pagou pela coisa evicta, se não soube do risco da evicção, ou, dele informado, não o assumiu".

Conforme dispõe o art. 456 do Código Civil, para que possa "exercitar o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores, quando e como lhe determinarem as leis do processo. Parágrafo único. Não atendendo o alienante à denunciação da lide, e sendo manifesta a procedência da evicção, pode o adquirente deixar de oferecer contestação, ou usar de recursos".

SUJEITOS DA EVICÇÃO

Evicto: é o adquirente que vem a perder a coisa adquirida.
Alienante: aquele que a transfere ao evicto pelo contrato.
Evictor: é o terceiro que move a ação e vem a ganhar total ou parcialmente o objeto do contrato.

3.10 Extinção e rescisão dos contratos

A extinção do contrato, em regra, ocorre com o pagamento da prestação. No entanto, outras causas que não o pagamento podem extinguir a relação contratual. São elas, segundo Maria Helena Diniz (2007, p. 145, v. 3), anteriores ou contemporâneas à formação do contrato, ou posteriores à formação do contrato.

1. Anteriores ou contemporâneas à formação do contrato:
   1.1) nulidade relativa (art. 171 e ss.) e nulidade absoluta (arts. 166 e 167, ambos do CC);
   1.2) cláusula resolutiva expressa ou tácita. Cláusula resolutiva expressa: é convencionada pelas partes de maneira que, com sua ocorrência, a rescisão do avençado independe de interpelação judicial. Cláusula resolutiva tácita: dá-se pela presunção legal de que o lesado pode, quando houver inadimplemento, requerer, se lhe aprouver, a rescisão do ajuste com perdas e danos. O pronunciamento da rescisão da avença deverá ser judicial. Portanto, o contrato não se rescinde de pleno direito, como ocorre na cláusula resolutiva expressa;
   1.3) direito de arrependimento: as partes podem convencionar um prazo para se arrepender do contrato havido; ou em que não pode haver arrependimento.

2. Causas posteriores ou supervenientes à formação do contrato (geram a dissolução do contrato):
   2.1) Resolução (causas de resolução contratual):
      a) Inexecução voluntária – ex.: a não-entrega de um boi porque o animal pereceu por falta de alimentação;
      b) Inexecução involuntária – hipótese de não-incidência da culpa: caso fortuito ou força maior;
      c) Onerosidade excessiva – *rebus sic stantibus*; teoria da imprevisão; revisão dos contratos – art. 317, c/c os arts. 478 a 480 do Código Civil;
   2.2) Resilição – dissolução do contrato:
      2.2.1 Distrato – dissolução contratual por vontade livre de ambas as partes;
      2.2.2 Denúncia – dissolução unilateral do contrato. Só ocorre se estiver prevista em contrato ou nos casos de exceções expressas na lei. Formas de denúncia:
         a) renúncia – feita por aquele que recebe os direitos;
         b) revogação – feita por aquele que dá os direitos.
   2.3) Morte de uma das partes em contratos *intuitu personae*.

Considerações:

1. O distrato é acordo em sentido contrário ao disposto no contrato: art. 472 do Código Civil.
2. Resilição unilateral (denúncia) – art. 473 do Código Civil: difere do distrato por não advir de acordo de vontades entre as partes. Se houve grande investimento para a avença, a denúncia só ocorrerá após prazo razoável.
3. Resolução – cláusula resolutiva tácita: necessita de interpelação judicial. Cláusula resolutiva expressa: basta mera notificação extrajudicial (art. 474 do CC). É alternativo à parte lesada requerer a execução contratual ou sua resolução, cabendo, em qualquer caso, perdas e danos.
4. Na resilição, há dissolução dos contratos pela vontade de uma ou de ambas as partes, e, na resolução, não há vontade humana.

3.11 Dos contratos em espécie

3.11.1 Compra e venda: comprador e vendedor (arts. 481 a 532 do CC)

Elementos:

1º Consentimento: deve ser livre e espontâneo.
2º Preço: deve ser pago em dinheiro ou sua expressão (ex.: título de crédito), sob pena de subversão do negócio; caso contrário, será considerado troca ou permuta, sendo, neste caso, regido pelo art. 533 do Código Civil; além disso, deve ser pactuado pelas duas partes, sob pena de nulidade (art. 489 do CC).
3º Coisa: o objeto da prestação contratual deve ser individualizado e disponível.

Até o momento da tradição – entrega (bem móvel) ou registro (bem imóvel), a responsabilidade pelo perecimento da coisa é do vendedor. Exceção feita ao disposto no art. 524, 2ª parte, do Código Civil: "A transferência de propriedade ao comprador dá-se no momento em que o preço esteja integralmente pago. Todavia, pelos

riscos da coisa responde o comprador, a partir de quando lhe foi entregue" (venda com reserva de domínio).

Venda de ascendente a descendente: deve haver a concordância dos demais descendentes e do cônjuge, exceto em regime de separação obrigatória de bens, separação convencional e participação final nos aquestos nos casos em que constar do pacto nupcial expressamente a possibilidade de livre alienação de bens e móveis (art. 496, c/c o art. 1.829, ambos do CC). Da mesma maneira, ocorre no contrato de troca entre eles, quando a coisa do ascendente é mais valiosa do que a do descendente.

Aquisição pelo encarregado de zelar pelos interesses do vendedor: não podem adquirir, quando envolvidos pela função com a coisa ou com o vendedor: os tutores, curadores, testamenteiros, administradores, servidores públicos, juízes, secretários de tribunal, arbitradores, peritos, auxiliares da justiça e leiloeiros (art. 497 do CC).

Venda entre cônjuges (art. 499 do CC): pode haver quanto aos bens excluídos da comunhão.

Venda à vista de amostra (art. 484 do CC): a coisa vendida deverá ter as mesmas qualidades e especificações da amostra, protótipo ou modelo, sob pena de se considerar comprada a amostra.

Venda *ad mensuram* (art. 500 do CC): para imóveis. É a venda feita em função da quantidade de área que está sendo vendida. Se a área é menor do que a pactuada, cabe ao comprador ingressar com a ação *ex empto* para ver complementada a área. Se a complementação for impossível, deverá pedir diminuição no preço (*quanti minoris*). Se a área for maior, o vendedor poderá exigir do comprador a escolha consistente em devolver o excedente ou pagar o valor da área que excedeu; no entanto, o vendedor deverá provar que não sabia que a área era maior, pois se presume que quem vende sabe o que está vendendo. A presunção é de que a venda foi feita *ad corpus*, ou seja, que a referência de área era simplesmente enunciativa, quando a diferença não exceder a 1/20 (um vigésimo) – 5% da

área, ressalvado ao comprador o direito de provar que, se soubesse, não teria praticado o negócio. O prazo é decadencial de um ano (para as duas partes), a contar do registro do título. Se há atraso na imissão de posse no imóvel pelo alienante, começa-se a contar de referida imissão (arts. 500 e 501, ambos do CC).

Retrovenda: é um pacto acessório, adjeto ao contrato de compra e venda. Constitui *condição resolutiva expressa*, ou seja, resolve-se a propriedade do atual proprietário voltando ao antigo. O direito é plenamente cessível e pode ser exercido contra terceiro, uma vez que o terceiro adquiriu propriedade resolúvel (art. 507, c/c o art. 1.359, ambos do CC). O prazo para o exercício do direito que se chama *resgate* ou *retrato* é de três anos e se dá com o depósito do valor pelo antigo proprietário, levando em conta as benfeitorias úteis e necessárias implementadas pelo atual.

Preempção ou preferência (prelação): é o direito que tem determinado sujeito de relação jurídica de dizer ao alienante se compra ou não a coisa antes que ela seja vendida a outrem. Pode ser legal ou convencional.

1. Legal:
   a) art. 504 do Código Civil: o condômino de coisa indivisa deve ser notificado pelo outro condômino sobre a sua intenção, preço e condições de venda, podendo, então, depositar o preço e haver a coisa para si, inclusive se já vendida a terceiro (art. 504 do CC; *v.* tb. art. 1.322). O prazo de exercício de tal direito pode ser convencionado, não excedendo 180 dias (móveis) e dois anos (imóveis). Não havendo convenção, caducará em 30 e 60 dias respectivamente (art. 513, c/c o art. 516, ambos do CC);
   b) art. 8º, c/c os arts. 27 e 33 da Lei n. 8.245/91 (Lei de Locação): o locatário pode exercer seu direito de preferência, contudo, deverá ter o contrato de locação averbado na matrícula do imóvel, pelo menos 30 dias antes da venda, e terá prazo de seis meses para exercer o direito;

c) art. 519 do Código Civil (retrocessão): quando há desapropriação pelo poder público e o imóvel não tem o fim destinado, no entanto, o entendimento jurisprudencial é de que a situação deve se resolver em perdas e danos, dada a impossibilidade da propositura de ação reivindicatória contra o poder público (indenizatória em prazo de cinco anos – Decreto n. 20.910/32).

2. Convencional:
É a preferência estabelecida entre as partes. Respeitará os prazos dos arts. 513 e 516 do Código Civil.

Venda com reserva de domínio: é uma venda sob condição suspensiva, ou seja, até o implemento da condição (evento futuro e incerto), o negócio não se aperfeiçoa, pois o vendedor (alienante) só transmite ao futuro adquirente a posse da coisa. A propriedade só será transmitida depois do pagamento (frise-se que aqui há inversão da regra e a coisa perece para o comprador – art. 524 do CC). Para que tal direito seja oposto a terceiros, o contrato deve ser registrado no Cartório de Títulos e Documentos do domicílio do comprador (art. 522 do CC – não há qualquer impedimento legal para os imóveis).

3.11.2 Contrato estimatório: consignante e consignatário (arts. 534 a 537 do CC)

O consignatário recebe do consignante determinada coisa para vender, auferindo determinado lucro no produto da venda. Se a coisa, por qualquer motivo, não for vendida e não for restituída, será de inteira responsabilidade do consignatário pagar ao consignante o preço da coisa (o consignante, até que pago a ele o preço, é o dono da coisa). Contudo, o consignante não poderá dispor da coisa até que seja ela restituída (art. 537 do CC).

3.11.3 Doação: doador e donatário (arts. 538 a 554 do CC)

É o contrato pelo qual, agindo com liberalidade, uma pessoa transfere, de seu patrimônio, bens ou vantagens (direitos) ao patrimônio de outrem (o doador não é sujeito às conseqüências de evicção ou vício redibitório, exceto quando se tratar de doações onerosas ou remuneratórias). Principais espécies:

a. pura e simples: mera liberalidade;
b. onerosa: é a doação que contém modo ou encargo;
c. remuneratória: é aquela feita em nome de pagamento de dívida já inexigível (ex.: honorários advocatícios não pagos em que a cobrança já não pôde ser feita, por decurso de lapso temporal prescricional, e o antigo cliente lhe faz uma doação como forma de remuneração);
d. mista: quando sai de um contrato oneroso (ex.: o devedor de R$ 4.000,00, por liberalidade, paga R$ 4.500,00, fazendo, desse modo, doação à outra parte). Ressalte-se que, apesar de o art. 538 do atual Código Civil não incluir a expressão "que os aceita", expressa no Código de 1916, é certo que se exige a aceitação da outra parte.

Restrições à doação: feita pelo doador já insolvente (art. 158 do CC); feita sobre todos os bens do doador, sem deixar nada que garanta sua subsistência (art. 548 do CC); doação de parte inoficiosa – aquela que não se pode dispor em testamento (art. 549 do CC); feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice (a anulação pode ser proposta até dois anos após a dissolução do casamento, podendo qualquer herdeiro ou o cônjuge inocente propugnar).

Revogação da Doação

Casos:

a. **Ingratidão do donatário:** crime doloso contra a vida do doador, ofensa física, injúria (art. 140 do CP – ofensa ao decoro ou dignidade) ou calúnia (art. 138 do CP – imputação de fato definido como crime), negativa de alimentos pelo donatário ao doador quando poderia prestá-los. O art. 563 do Código Civil dispõe que: "A revogação por ingratidão não prejudica os direitos adquiridos por terceiros, nem obriga o donatário a restituir os frutos percebidos antes da citação válida; mas sujeita-o a pagar os posteriores, e, quando não possa restituir em espécie as coisas doadas, a indenizá-la pelo meio-termo do seu valor".

b. Inexecução do encargo: havendo encargo determinado, deve ser cumprido (art. 555 do CC). O art. 562 prescreve que a doação onerosa poderá ser revogada por inexecução do encargo, desde que o donatário incorra em mora; não havendo prazo para seu cumprimento, o doador poderá notificar judicialmente o donatário, assinando-lhe prazo razoável para que cumpra a obrigação assumida. Se o donatário estiver em mora, não cumprindo o encargo que lhe foi imposto, o doador poderá reclamar a restituição da coisa doada, sem responsabilização por perdas e danos.

Doação com cláusula de reversão: dispõe que, sobrevivendo os bens ao donatário, eles voltam ao doador (art. 547 do Código Civil) – só é eficaz se o doador sobreviver ao donatário.

3.11.4 Locação de coisas: locador e locatário (art. 565 e ss. do CC)

É o contrato pelo qual determinada pessoa (locador) obriga-se a ceder à outra (locatário), por determinado tempo, coisa infungível para seu uso e gozo, mediante a paga de uma remuneração (o preço chama-se aluguel e pode ser executado nos termos do art. 585, IV, do CPC. Além disso, na falta de convenção em contrário, a dívida é quesível ou *quérable*, ou seja, deve ser paga no domicílio do devedor – se não houver remuneração, será comodato). O contrato tem forma livre, podendo, portanto, ser, inclusive, verbal.

Obrigações do locador: entregar ao locatário a coisa alugada, manter a coisa no estado em que se encontra e garantir o uso pacífico da coisa, privando-se de qualquer ato que possa perturbar o locatário.

Obrigações do locatário: servir-se da coisa para o uso convencionado, tratando-a como se sua fosse; pagar o aluguel nos prazos e termos ajustados; levar ao conhecimento do locador qualquer turbação de terceiro, fundada em direito; restituir a coisa no estado em que recebeu, salvo as deteriorações naturais da coisa.

Importante: a Lei de Locação (Lei n. 8.245/91) não foi revogada pelo novo Código, continuando a viger para a locação de prédio urbano (art. 2.036 do CC). São de competência do Código Civil aquelas previstas no art. 1º da referida Lei especial (prédios públicos, vagas de estacionamento, espaços de publicidade, *flats*, *apart-hotéis*, arrendamento mercantil).

Locação de prédio urbano: como já dito, regida pela Lei específica.

Denúncia vazia: quando em contrato, por escrito (de 30 meses ou mais de prazo de locação), a resolução opera-se com o fim do prazo (art. 46 da Lei de Locação). Esta é a denúncia vazia. No entanto, continuando, sem oposição do locador, o locatário no imóvel por mais de 30 dias, opera-se a prorrogação contratual por tempo indeterminado. Operada tal prorrogação, só haverá retomada do imóvel com notificação prévia de 30 dias da data da pretensa retomada.

O preço é de livre convenção, cabendo ação revisional se, em três anos, não houver reajuste (arts. 17, 18 e 19 da Lei de Locação). Quanto à garantia, pode-se ter: fiança, caução ou seguro-fiança locatícia, havendo, entretanto, nulidade no caso de disposição de mais de uma dessas modalidades (art. 37 da Lei de Locação). A exigência de pagamento antecipado constitui contravenção penal, salvo na locação para temporada ou se não houver qualquer das modalidades de garantia, caso em que poderá ser cobrado o aluguel até o sexto dia útil do mês vincendo.

Requisitos da ação renovatória – locação comercial ou industrial (arts. 71 a 74): contrato por escrito, por prazo determinado; prazo mínimo do contrato a renovar ou que a soma dos prazos dos contratos ininterruptos seja de cinco anos; exploração no mesmo ramo pelo locatário pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos. O lojista de *shopping center* tem direito à renovatória quando preenchidos os requisitos da lei.

3.11.5 Do empréstimo (arts. 579 a 592 do CC)

I. Comodato. Partes: comodante e comodatário (art. 579 e ss. do CC).

O comodato é empréstimo para uso, portanto, ao final da relação deve ser devolvida a mesma coisa emprestada e não outra

(*coisa infungível*). É contrato real, pois se torna perfeito no momento da entrega da coisa.

Obrigações do comodatário: a) conservar a coisa como se fosse sua; b) usar de forma adequada; c) restituir a coisa, quer seja pelo termo (futuro e certo) pactuado, quer seja pelo esgotamento do uso a que se destina a coisa (não restituindo, passa a pagar aluguel arbitrado pelo comodante sobre a coisa).

Extinção: advento do termo ou término do uso; resolução (uso indevido); por sentença, provada a necessidade do comodante, pela morte do comodatário, se for *intuitu personae*.

Obs.: Não sendo a coisa entregue ao comodante no prazo previsto, é lícito que se estipule aluguel da coisa, a ser pago pelo comodatário pelo tempo em que, não autorizado, ocupou a coisa.

II. **Mútuo:** mutuante e mutuário (art. 586 do CC).

É o empréstimo para consumo; então, não estará o mutuário obrigado a restituir a mesma coisa que foi emprestada, e sim outra da mesma espécie (fungível); também é inadmissível que se restitua dinheiro (exceto no empréstimo em dinheiro) ou coisa de outra natureza, sob pena de subverter o negócio, que, assim, se transmudará em compra e venda, troca ou permuta. O mútuo em que se convenciona pagamento de juros ao capital é denominado *mútuo feneratício*.

Importante: O mútuo feito para incapaz não pode ser cobrado, exceto: se ratificado pelo responsável, quando se destinou à alimentação ou benefício, se o menor tiver renda (até as forças dela) ou se o incapaz obteve o empréstimo para maliciosamente depois valer-se da incapacidade.

3.11.6 Prestação de serviços (arts. 593 a 609 do CC)

Prestador e tomador ou locador de serviços (arts. 593 e ss. do CC).

Por tal contrato, pactua-se toda e qualquer prestação de serviço lícita, seja ela material ou imaterial (excetuando-se as regras do direito do trabalho e legislação especial).

O prazo máximo de duração do contrato é de quatro anos.

Se o contrato não dispuser de maneira clara sobre a especificidade do serviço a ser prestado, a presunção é de que prestará todo serviço que tiver compatibilidade com suas forças e condições (art. 601 do CC).

3.11.7 Empreitada: empreiteiro e dono da obra (art. 610 e ss. do CC)

É o contrato pelo qual uma das partes obriga-se a realizar determinada obra, pessoalmente ou por meio de terceiros, mediante remuneração a ser paga pela outra. Diferencia-se da construção por administração, pois, ao contrário, aqui o empreiteiro assume todos os encargos técnicos e riscos econômicos da obra, custeando-a por preço previamente combinado que não poderá ser reajustado (exceto convenção em contrário), ainda que as condições de trabalho se modifiquem (ex.: preço do material).

Direito de retenção: pode ser invocado pelo empreiteiro, desde que tenha cumprido todas as obrigações contratuais.

3.11.8 Depósito: depositante e depositário (art. 627 e ss. do CC)

É o contrato pelo qual o depositante deixa sob a guarda do depositário determinada coisa. O contrato é feito para a guarda; se for haver uso pelo depositário, é necessário que haja consentimento expresso do depositante (art. 114, c/c o art. 640, ambos do CC – interpretação dos negócios jurídicos). "O termo depósito é usado não somente para nomear o contrato, como também para designar a própria coisa que é seu objeto" (VENOSA, 2005, p. 263). Em regra, o contrato é gratuito, mas pode ser oneroso (art. 628 do CC). Pode ser voluntário (vontade das partes – art. 646 do CC) ou necessário (é o depósito legal, a lei exige ou faculta, ex.: quanto aos hospedei-

ros, o preço pelo depósito está na estadia). O depósito miserável é aquele feito em caso de calamidade pública.

Pode ser ainda: a) regular: coisas infungíveis; b) irregular: coisas fungíveis (ex.: depósito bancário).

Obrigações do depositário: guarda e conservação da coisa; restituição quando ela for reclamada. Exceções à restituição imediata (arts. 633 e 634 do CC): direito de retenção, coisa litigiosa, suspeita razoável de procedência ilícita da coisa (furto, roubo etc.).

Depositário infiel:

- contratual: precisa de ação de depósito para a prisão;
- judicial: nos próprios autos (Súmula 619 do STF).

3.11.9 Mandato: mandante e mandatário (art. 653 e ss. do CC)

É o contrato pelo qual alguém recebe, de outrem, poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. Os atos do mandatário vinculam o outorgante se praticados dentro dos poderes conferidos, caso contrário, dependem de ratificação do mandante. Poderá haver cláusula expressa permitindo o substabelecimento dos poderes do mandatário; neste caso, o mandante se responsabiliza pela insolvência ou incapacidade do substabelecido.

A aceitação do mandato poderá ser expressa ou tácita (configura-se a tácita pelo começo da execução do mandato). Presume-se gratuito (art. 658 do CC) – exceto para aqueles em que o mandato seja a essência do exercício da profissão (ex.: advogado) – e é um negócio de fidúcia, ou seja, confiança, portanto, *intuitu personae*. Contudo, pode ser plural, ou seja, dado a várias pessoas; neste caso, elas só poderão agir em ordem de nomeação.

Toda pessoa capaz ou de suprida incapacidade pode outorgar mandato.

Requisitos do mandato: lugar onde foi passado, qualificação do outorgante e do outorgado, data e objetivo da outorga e extensão dos poderes conferidos (pode-se exigir firma reconhecida – art. 654 do CC).

Obrigações do mandatário: agir em nome do mandante dentro dos poderes conferidos; aplicar toda a sua diligência e habilidade na execução do mandato e na indenização de qualquer prejuízo; prestar contas ao mandante; apresentar o instrumento sempre que falar em nome do mandante; concluir o negócio já começado em que pese ciente de morte, interdição ou mudança de estado do mandante.

Obrigações do mandante: implementar os negócios firmados pelo mandatário em seu nome e restituir as despesas que porventura tenha tido o mandatário; pagar-lhe o pactuado e indenizá-lo de eventuais prejuízos.

Extinção do mandato (art. 682 do CC): Pela revogação (do mandante) e renúncia (do mandatário); pela morte ou interdição de uma das partes; pela mudança de estado; término do prazo ou conclusão do negócio, quando assim pactuado; morte ou interdição de uma das partes: em razão do caráter *intuitu personae* do contrato.

Mandato in rem suam – procuração em causa própria é dada para que a pessoa transfira bens para o seu nome ou de terceiro; quando o mandato tiver esta característica, não se extinguirá com a morte de uma das partes (art. 658 do CC), devendo ser interpretado, inclusive, como equivalente à compra e venda, se presentes suas características.

Obs.: Se o mandante, por meio de ato separado, dá ao mandatário instruções específicas de como proceder ao negócio e o mandatário não age daquela maneira, caberá ação de perdas e danos do mandante contra o mandatário, exceto se constavam as especificações do instrumento de mandato.

3.11.10 Comissão: comitente e comissário (art. 693 e ss. do CC)

Um dos contratantes (comissário) obriga-se a realizar negócios em favor do outro (comitente), segundo instruções deste, porém em nome do primeiro. O comissário obriga-se perante terceiros por seu próprio nome.

Importante: Comissão *del credere* é cláusula que faz que, assim como quando tiver incorrido em culpa, quando não houver discussão de culpa, seja o comissário solidariamente responsável, juntamente com o comitente, no caso de inadimplementos contratuais. Neste caso, o comissário terá direito à remuneração mais elevada pelo risco ser maior (art. 698 do CC).

3.11.11 Agência e distribuição (art. 710 do CC)

São dois contratos distintos.

Agência: Dá-se quando uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, a realização de determinados negócios em delimitada zona (o agente ou distribuidor tem direito à remuneração de negócios feitos em sua zona, mesmo sem sua interferência, salvo estipulação em contrário; o mesmo se diga dos negócios não fechados por culpa do proponente sem justa causa – arts. 714, 715 e 716 do CC), sob certa remuneração.

Distribuição: O contrato de distribuição dá-se quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.

Obs.: Se o proponente conferir poderes ao agente para que este o represente na conclusão dos negócios, estaremos diante da relação de representação autônoma, regida pela Lei n. 4.886/65, que, frise-se, não foi, nem tacitamente, revogada pelo novo Código Civil.

3.11.12 Corretagem: comitente e corretor (art. 722 do CC)

Pelo contrato de corretagem, pessoa não ligada a outra por qualquer vínculo (corretor) dispõe-se a, mediante determinadas instruções, obter um ou mais negócios para a outra. Fará jus, portanto, referida pessoa a uma retribuição se o negócio se concretizar.

Obs.: Ainda que as partes se arrependam, se o corretor conseguiu aproximá-las, mas o negócio não ocorreu única e exclusivamente pelo arrependimento, a comissão ou remuneração é devida (art. 725 do CC).

O corretor deve ser habilitado no Conselho Regional de Corretores de Imóveis (Creci); no entanto, em que pese o fato de não ser assim habilitado nos termos da Lei n. 6.530/78 gerar sanções administrativas, isso não inibe o comitente de lhe remunerar, sob pena de enriquecimento ou locupletamento indevido por parte deste último.

3.11.13 Transporte (arts. 730 a 756 do CC)

Transportador e transportado, passageiro (no caso de pessoas) ou contratante (art. 730 e ss. do CC).

Consiste na obrigação, assumida por um transportador, de transportar pessoas ou coisas de um lugar para outro. A obrigação do transportador é de resultado, ou seja, a coisa ou pessoa deverá chegar ao seu destino, sob pena de inadimplemento contratual.

O transporte gratuito não se subordina às regras do transporte; por outro lado, não será o transporte gratuito quando, em que pese não remunerado, a pessoa atingir vantagens indiretas (art. 736, parágrafo único, do CC).

O passageiro pode ser negado se for caso específico, previsto em regulamentos ou se suas condições de higiene ou saúde justificarem (art. 739 do CC), bem como quando, em transporte de coisas, se a embalagem for inadequada ao transporte, poderá ser o transporte negado (art. 746 do CC) – a responsabilidade do transportador de coisas é limitada ao montante descrito no conhecimento (documento que acompanha a coisa com todas as suas descrições). Observamos o Enunciado 369 da IV Jornada de Direito Civil/CJF: "Diante do preceito constante no art. 732 do Código Civil, teleologicamente e em uma visão constitucional de unidade do sistema, quando o contrato de transporte constituir uma relação de consumo, aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor que forem mais benéficas a este".

3.11.14 Contrato de seguro: segurador e segurado (art. 757 do CC)

Uma das partes (segurador) obriga-se a garantir interesse legítimo da outra, intitulada "segurada", relativa a pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados. O risco é o objeto do contrato; quando ocorre o fato aleatório (objeto do risco) este terá o nome de "sinistro". Para que o segurador garanta o prejuízo do segurado, este último paga ao segurador prestações que se consubstanciam no prêmio. O contrato de seguro é, portanto, bilateral, oneroso, aleatório e consensual. Podemos dividir, de plano, duas espécies: os seguros privados e os seguros sociais.

Estes últimos são de cunho obrigatório, tutelam determinadas classes de pessoas, como os idosos, inválidos, acidentados de trabalho etc. Os privados são, em regra, facultativos e tratam de coisas e pessoas.

Os seguros privados podem ser: marítimos, aéreos ou terrestres. O de pessoas tem seu desdobramento em: *seguro de vida* – pagamento do prêmio para recebimento do capital estipulado no caso de morte ("seguro de vida propriamente dito"), ou recebimento do capital pelo próprio segurado, ou por terceiro, no caso de o segurado sobreviver ao prazo estipulado em contrato ("seguro de sobrevivência"), a soma paga pelo seguro não pode ser alcançada pelas obrigações do segurado e não se considera herança para todos os efeitos (art. 794 do CC), podendo o seguro ser feito sobre a própria vida ou sobre a de outrem, devendo-se, neste caso, justificar o interesse pela preservação da vida do outro e *contra acidentes pessoais*. Eles podem ser feitos com quantos seguradores entender necessário o segurado.

Importante: No seguro de vida, o segurado não tem direito ao pagamento capital estipulado quando se suicida nos dois primeiros anos de vigência do contrato, pois, salvo referida hipótese, será nula a cláusula que dispuser sobre o não-pagamento em caso de suicídio do segurado (art. 798, parágrafo único – deve haver prova da seguradora quanto à tese de premeditação do suicídio).

Obrigações do segurado:

a. deve *pagar o prêmio* (art. 764 do CC), não podendo eximir-se por não ter se verificado o risco, uma vez que o contrato é aleatório; deve *comunicar qualquer incidente suscetível de agravamento do risco* (art. 769 do CC); deve *abster-se de ato que agrave o risco voluntariamente*, sob pena de perder o direito (art. 768 do CC);
b. deve *comunicar imediatamente o sinistro*; comunicar o segurador caso queira fazer novo seguro sobre o mesmo interesse (art. 778, c/c o art. 782 do CC).

Obrigações do segurador:

a. deve *pagar o prejuízo em dinheiro* (se outra forma não foi convencionada) – nos seguros pessoais o valor a ser pago deve ser o da apólice, já nos materiais o segurador pode eximir-se do valor atribuído alegando que a coisa não tem aquele valor, devendo ser apurado o real prejuízo (art. 778 do CC);
b. deve *responder por todos os riscos assumidos e particularizados na apólice*.

Obs.: Está excluído do Código Civil o seguro-saúde (art. 802 do CC).

Ainda que algumas bancas do exame de habilitação profissional já tenham se manifestado acerca da aleatoriedade do contrato de seguro, é de se salientar:

Ernesto Tzirulnik (2003, p. 29) destaca que cinco elementos formam o contrato de seguro, a saber: a garantia, o interesse, o risco, o prêmio e a empresarialidade. Além disso, em que pese o recente entendimento da OAB/SP (Exame 133º) de que o contrato de seguro é aleatório, Tzirulnik (2003, p. 29) assevera que o contrato de seguro é comutativo, pois o que se negocia não é o risco e, sim, a garantia.

3.11.15 Constituição de renda: instituidor e rendeiro (art. 803 e ss. do CC)

Uma pessoa (instituidor) entrega à outra um capital (bens móveis ou imóveis), obrigando-se esta última ao pagamento de determinada prestação à primeira ou a terceiro. Tal constituição pode se

dar por ato *intervivos* ou por via testamentária, podendo ser gratuita (liberalidade a terceiro) ou onerosa (renda paga ao instituidor).

É um contrato de natureza aleatória; além disso, é solene (a lei exige escritura pública – art. 874 do CC) e real, pois só tem aperfeiçoamento com a entrega dos bens ao rendeiro.

Observação: É nulo quando o instituidor morre nos 30 dias subseqüentes à instituição de doença que já sofria ao tempo da punctuação. Quando a constituição for feita a terceiro, pode ser gravada com cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade.

3.11.16 Jogo e aposta (art. 814 e ss. do CC)

São dois contratos distintos. No jogo, há a participação dos contratantes; na aposta, a dependência está em fato alheio e incerto. O ponto que os distingue, portanto, é a interação, que só ocorre no jogo.

As dívidas de jogo ou aposta não obrigam ao pagamento (obrigação natural). No entanto, não se pode recobrar o valor voluntariamente pago, salvo se pago por meio de dolo ou se o pagante (perdente) é menor ou interdito (art. 814, c/c o art. 882, ambos do CC).

Ainda que transformada a quantia objeto do jogo ou aposta em título de crédito, o cobrador será carecedor da ação (objeto de discussão em sede de embargos); no entanto, se o portador do título for terceiro, de boa-fé, poderá fazer a cobrança (art. 814, § 1º, do CC); excetua-se, ou seja, exclui-se do rol daqueles providos de boa-fé aquele que faz empréstimo para o jogo (no ato de jogar ou apostar, pois aquele que empresta assume integralmente o risco, consoante entendimento do art. 815 do CC).

Observação: É de salientar os jogos permitidos que, por terem caráter de recompensa, podem ser cobrados (art. 814, § 2º, do CC – é o caso dos vencedores de competições esportivas, intelectuais – artísticas ou científicas –, do turfe e das várias loterias). É de frisar, também, que o Código não trata, neste capítulo, do mercado de capitais (apostas de bolsa ou especulação), como fazia antes, e que o sorteio, sob todas as suas formas, será considerado plano de partilho ou transação, conforme o caso.

3.11.17 Fiança, fiador, devedor e credor (art. 818 e ss. do CC)

É o contrato pelo qual terceira pessoa (fiador) garante ao credor que, na eventualidade de o devedor não adimplir seu débito, ela, o fiador, arcará com a dívida.

É um *contrato acessório*, podendo a relação entre fiador e devedor ser de solidariedade ou subsidiariedade, conforme abra mão ou não o fiador do benefício de ordem de execução que recaia sobre seus bens (o benefício de ordem diz que, se houver execução, deverão ser, em primeiro lugar, excutidos os bens do devedor e, depois, os do fiador). O contrato de fiança, em regra, é gratuito, podendo, contudo, ser oneroso.

Principais características:

a. o *valor da fiança não pode ser maior do que o valor do principal*, pois o excedente é anulado (art. 823 do CC);
b. *depende de forma escrita* (art. 819 do CC);
c. *deve haver consentimento do cônjuge*, salvo na separação absoluta (art. 1.647, III, do CC);
d. se insolvente o fiador, o credor poderá exigir outro.

O benefício de ordem será aplicável, exceto quando:

a. o fiador renunciou expressamente (pois o ato de renúncia deverá ser expresso, consoante o art. 114 do CC) ao direito;
b. o fiador se obriga como solidário; ou
c. se o devedor se tornar insolvente ou falido.

Observação: Cabe o benefício de ordem exceto quando estipulado em contrário ou nas hipóteses acima (art. 827 do CC).

A extinção da fiança dá-se: com a morte do fiador (respondendo apenas a herança até os limites de sua força); quando o credor concede moratória, frustra a sub-rogação do fiador (ex.: abrindo mão de hipoteca), quando há dação em pagamento (ou qualquer outro acordo feito entre credor e devedor sem a anuência expressa do fiador); pelas exceções (nulidades, prescrição etc.) ou pela mera

notificação, no caso de fiança por tempo indeterminado, exonerando-se o fiador em 60 dias da notificação – art. 835 do CC (a lei não exige que tal notificação seja judicial).

Importante: Tal inovação foi trazida pelo advento do novo Código. Pode ser objeto de exame por ser matéria que veio solucionar antiga celeuma jurídica, pois o antigo art. 1.500, que cuidava do tema, só dava a exoneração por ato amigável ou por sentença judicial.

3.11.18 Transação e compromisso (arts. 840 e ss. e 851 e ss. do CC)

Tais figuras foram retiradas dos modos de extinção de obrigações, e foram trazidas para o título várias espécies de contrato.

Na transação, por meio de concessões mútuas, as partes previnem ou terminam relações jurídicas litigiosas. É indivisível, ou seja, uma nulidade em determinada cláusula contamina o ato todo, e, por se tratar essencialmente de ato de renúncia, deve ter, nos termos da lei, interpretação completamente restrita (art. 114 do CC). Só podem ser objeto de transação os direitos patrimoniais disponíveis; afastam-se, de plano, portanto, os direitos da personalidade (arts. 11 a 21 do CC), os bens fora do comércio, os direitos alimentares, os direitos concernentes ao estado individualizador, podendo haver, contudo, a limitação que não seja permanente e não implique alienação. A transação, que antes estava disposta no capítulo das obrigações, não é meio de extinção de obrigações, mas meio de extinção de litígio. A transação difere da arbitragem, pois, no *compromisso arbitral*, as partes confiam a decisão sobre controvérsias contratuais a árbitros, fica como uma espécie de complemento da transação. O compromisso arbitral é regulado por legislação especial (Lei n. 9.307/96).

Quanto à constitucionalidade da arbitragem, é de notar que não ataca o preceito contido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (acesso à justiça), pois é escolhida entre as partes, podendo a sentença arbitral ser submetida à apreciação do juiz tocado quando pretensa for a sua nulidade e devendo, para execução coativa, ser submetida ao magistrado, oportunidade na qual, em sede de embargos, terá o descontente executado oportunidade de defesa ou até propugnação pela nulidade da decisão arbitral nos termos do art. 741, § 3º, do Código de Processo Civil.

3.12 Dos atos unilaterais de vontade

3.12.1 Promessa de recompensa (arts. 854 a 860 do CC)

Sempre que haja publicidade, tenha objeto lícito e emane de pessoa capaz, vincula o proponente, que deverá, para se ver exonerado, dar à revogação a mesma publicidade da proposta (art. 856 do CC).

Se revogada, o candidato de boa-fé que tenha tido despesas terá direito a reembolso (art. 854 do CC). Satisfeita a condição, ainda que não visando à recompensa, aquele que a satisfez tem direito à recompensa ofertada (o valor poderá ser fixado pelo magistrado no caso de não haver acordo entre as partes).

No caso de execução por várias pessoas: terá direito o que primeiro executou; se simultaneamente, dividir-se-á se a coisa for indivisível, proceder-se-á a sorteio revertendo-se em dinheiro, paga, pelo ganhador ao perdedor, a fração correspondente ao quinhão.

3.12.2 Gestão de negócios (arts. 861 a 875 do CC)

Dá-se quando uma pessoa, "sem autorização do interessado, intervém na administração de negócio alheio, dirigindo-o segundo o interesse e a vontade presumível do dono" (GONÇALVES, p. 572).

Obrigações das partes:
Gestor: comunicar a gestão ao dono do negócio, esperando a resposta, quando do aguardo não restar perigo; aplicar a máxima di-

ligência ressarcindo o dono do negócio quando houver prejuízo decorrente de culpa na gestão; não promover manobras arriscadas, ainda que o dono do negócio costumasse fazê-las.

Dono do negócio: indenizar o gestor das despesas e prejuízos; cumprir obrigações que o gestor tiver assumido em seu nome.

3.12.3 Do pagamento indevido (arts. 876 a 883 do CC)

Ocorre quando alguém recebe o que não lhe era devido (quer seja por inexistência de relação, quer seja por inexigibilidade, ex.: obrigação condicional implementada sem o advento da condição). Aquele que recebeu de boa-fé faz jus, como o possuidor de boa-fé, aos frutos da coisa, às benfeitorias necessárias e úteis e à retenção. Quando o pagamento indevido for bem imóvel, não haverá contra o terceiro adquirente de boa-fé em aquisição onerosa reivindicatória do proprietário que tiver agido de maneira negligente. Além disso, aquele que algo pagou para um fim ilícito ou imoral não terá direito à repetição, enviando o magistrado o valor para instituição de beneficência de sua escolha (art. 883 do CC). No Código de Defesa do Consumidor, consta que o consumidor cobrado por valor indevido tem direito à repetição do dobro do valor cobrado indevidamente (art. 42, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90). A cobrança indevida também é punida pelo Código Civil, no art. 940, com pena pecuniária referente ao dobro do cobrado pela já paga, ou ao equivalente, se já paga em parte.

3.12.4 Enriquecimento sem causa (art. 884 a 886 do CC)

Se o enriquecimento se der por coisa determinada, esta deverá ser restituída e, se isso for impossível, deverá ser entregue seu valor ao tempo da exigência à de quem se exigiu (art. 884 do CC). A ação que busca trazer a situação ao *status quo ante* é a *actio in rem verso*. Ela tem como requisitos: enriquecimento do *accipiens* (credor); empobrecimento do *solvens* (devedor); relação de causalidade; ausência de causa jurídica (causa de pedir remota) e inexistência de ação

específica para tutelar o caso (subsidiariedade) (art. 886 do CC). São, assim, requisitos para que se dê o enriquecimento sem causa:

a. enriquecimento: é a vantagem obtida, seja ela patrimonial ou não;
b. empobrecimento: é a perda. Este requisito pode faltar. Contudo, estando presente entre as alternativas, deverá ser observado. O foco estará sempre no enriquecido, nunca no empobrecido (*v.* NANNI, 2004);
c. nexo de causalidade: o fato que ocorre deve gerar o enriquecimento;
d. justa causa (ausência de): está ligada à contraprestação, enriquecimento sem direito;
e. subsidiariedade: no Código Civil italiano e português, é subsidiário. No brasileiro, também é subsidiário (art. 886 do CC), ou seja, só se lança mão desta ação quando não houver outra forma de tutela do direito.

3.12.5 Dos títulos de crédito (art. 887 e ss. do CC)

O título ao portador dá a este o direito de exigir do emitente o valor nele descrito mediante a simples apresentação. A presunção de que o portador é o credor é muito forte e só cessa se houver oposição judicial de terceiro (subsiste o débito, ainda que o título tenha entrado em circulação contra a vontade do emitente – art. 905, parágrafo único, do CC). O título poderá ser, ainda, à ordem ou nominativo.

Questões

Teoria geral dos contratos

1. (OAB/SP – 133º) Sobre a teoria geral dos contratos, é errado afirmar que:
   (A) podem as partes, por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção.

(B) se parcial, mas considerável, for a evicção, poderá o evicto optar entre a rescisão do contrato e a restituição da parte do preço correspondente ao desfalque sofrido.
(C) o princípio da *pacta sunt servanda* foi substituído pelo princípio da boa-fé objetiva e função social do contrato
(D) não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva, mas o direito à sucessão aberta pode ser cedido.

2. (OAB/DF - 2006.3) Acerca do direito dos contratos, julgue a alternativa correta:
(A) a função social do contrato, princípio contratual geral, é exercida como um limitador da liberdade de contratar.
(B) permite-se, por exceção à regra geral, que as partes possam estabelecer, mediante acordo de vontade, o pacto sucessório.
(C) evicção, existente nos contratos onerosos e gratuitos, significa que o alienante responde pela perda da coisa.
(D) o contrato aleatório tem por objeto coisas futuras e incertas, ficando o adquirente responsável por sua existência.

3. (OAB/DF - 2006.1) Assinale a alternativa incorreta:
A) em regra, o que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação e aquele que tiver prometido fato de terceiro não responderá por perdas e danos, quando este o não executar;
(B) a indenização mede-se pela extensão do dano; mas o juiz poderá reduzir equitativamente a indenização se houver excessiva desproporção entre o dano e a gravidade da culpa;
(C) o erro é substancial quando concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;
(D) salvo disposição legal contrária, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a 30 (trinta) vezes o maior salário mínimo vigente no País

4. (OAB/SP - 133°) Sobre a teoria geral dos contratos, é errado afirmar que:

(A) podem as partes, por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção.
(B) se parcial, mas considerável, for a evicção, poderá o evicto optar entre a rescisão do contrato e a restituição da parte do preço correspondente ao desfalque sofrido.
(C) o princípio da *pacta sunt servanda* foi substituído pelo princípio da *rebus sic stantibus* ou revisão contratual.
(D) não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva, mas o direito à sucessão aberta pode ser cedido.

Dos contratos em espécie

1. (OAB/SP - 133°) Dos seguintes contratos, poderá ser considerado, por sua própria natureza, aleatório:
(A) contrato de seguro.
(B) contrato de compra e venda.
(C) contrato de doação.
(D) contrato de empreitada.

2. (OAB/SC - 2006.2) Em relação ao instituto da doação, assinale a alternativa correta:
(A) o doador pode estabelecer que os bens voltem a seu patrimônio ou se revertam a patrimônio de terceiro, caso ambos sobrevivam ao donatário.
(B) as doações feitas para determinado casamento não se revogam por ingratidão do donatário.
(C) a doação feita ao nascituro é válida independentemente do consentimento do representante legal.
(D) os bens doados aos descendentes em vida precisam ser colacionados com a abertura da sucessão para igualar a legítima dos descendentes, salvo se o doador deixou expresso que a doação referia-se a sua parte disponível e o valor da doação não for superior a ¾ do seu patrimônio

3. (OAB/RJ - 31°) O depósito de bagagem dos hóspedes dos hotéis onde estiverem é modalidade de depósito:
(A) irregular.

(B) convencional
(C) necessário.
(D) voluntário.

4. (OAB/RJ - 32º) Em relação à transação, assinale a opção correta:
(A) quando concernente a obrigações resultantes de delito, sua celebração impede a propositura de ação penal pública.
(B) pode ter por objeto o estado de um dos transatores.
(C) tem por finalidade, sempre, promover o encerramento de um processo judicial.
(D) a nulidade de qualquer de suas cláusulas acarreta a nulidade da própria transação.

5. (OAB/RJ - 31º) O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam excutidos primeiro os bens do devedor. O enunciado caracteriza:
(A) o abono do fiador.
(B) o benefício de ordem.
(C) a extinção da fiança.
(D) nada significa, pois a fiança civil é sempre solidária.

6. (OAB/SP - 132º) São pactos adjetos à compra e venda com previsão legal, exceto:
(A) a retrovenda.
(B) a preempção.
(C) a venda a contento.
(D) o laudêmio.

7. (OAB/SP - 133º) No tocante ao contrato de transporte de pessoas, assinale a alternativa correta:
(A) o transporte gratuito, assim considerado aquele realizado por amizade ou cortesia, e sem vantagens indiretas para o transportador, submete-se às mesmas regras do contrato de transporte de pessoas regulado pelo Código Civil.
(B) é lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização.

(C) é válida a cláusula de excludente de responsabilidade, quando demonstrada pelo transportador a ciência inequívoca do transportado acerca de tal condição.
(D) o transportador não responde pelos danos causados ao transportado quando demonstrada a culpa exclusiva de terceiro pelo acidente.

8. (OAB/SP - 133º) Assinale a alternativa correta em relação à Lei n. 8.245/91, que regula as locações:
(A) na hipótese de o imóvel ser alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato, com prazo de 90 (noventa) dias para a desocupação, salvo se a locação for por tempo determinado e o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação, não sendo obrigatória a averbação do contrato junto à matrícula do imóvel.
(B) na hipótese de extinção do usufruto, é facultada ao nu-proprietário a denúncia do contrato de locação, com prazo de 90 (noventa) dias para a desocupação, salvo se tiver havido aquiescência escrita do nu-proprietário, ou se a propriedade estiver consolidada em mãos do usufrutuário.
(C) na hipótese de o imóvel ser alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato, com prazo de 30 (trinta) dias para a desocupação, salvo se a locação for por tempo determinado e o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do imóvel.
(D) na hipótese de extinção do usufruto, é facultado ao nu-proprietário a denuncia do contrato de locação, com prazo de 30 (trinta) dias para a desocupação, salvo se tiver havido aquiescência escrita do nu-proprietário, ou se a propriedade estiver consolidada em mãos do usufrutuário.

9. (OAB/MG - 2007.1) Com relação à doação, assinale a opção correta:
(A) em qualquer caso de doação, será indispensável a declaração de aceitação do donatário, que deverá ocorrer no prazo fixado pelo doador.

(B) através do contrato de doação, o doador, por liberalidade, transfere de seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.
(C) a doação somente realizar-se-á através de instrumento público ou particular, e poderá versar sobre bem móvel ou imóvel.
(D) é nula a doação de todos os bens, sem reserva de parte ou renda suficiente para a subsistência do doador, a não ser que este último estipule que os bens doados voltarão ao seu patrimônio, se sobreviver ao donatário.

10. (OAB/SP - 131º) Comodatário, dentro do prazo estabelecido em contrato, vê a moto que lhe foi emprestada desaparecer por conta de um caso fortuito. Neste caso, é correto afirmar que:
(A) o comodante tem direito à indenização pelo valor da moto, além das demais perdas e danos.
(B) o comodante tem direito apenas à indenização pelo valor da moto.
(C) o comodatário nada deve ao comodante e a obrigação de restituir está extinta.
(D) a obrigação está mantida, devendo o comodatário restituir bem do mesmo gênero e qualidade.

11. (OAB/DF - 2006.3) Nos contratos de doação:
(A) a cláusula de reversão é sempre implícita, uma vez que o contrato, por liberalidade, não supõe a contraprestação onerosa por parte do donatário.
(B) é anulável a doação de todos os bens sem reserva de parte ou renda suficientes para a subsistência do doador.
(C) nula é a doação, em relação à parte que exceder à de que o doador podia dispor em testamento.
(D) nula é a doação do cônjuge adúltero a seu cúmplice, mesmo mediante interposta pessoa.

12. (OAB/MG - 2005.1) Sobre o mandato judicial, é incorreto afirmar que:
(A) extingue-se pela renúncia.
(B) não admite a revogação.

(C) rege-se exclusivamente pelas normas do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.
(D) não permite que o mandatário retenha valores suficientes ao pagamento do que lhe é devido pelo cumprimento do mandato.

13. (OAB/SP - 131º) Sobre o mandato, é errado afirmar que:
(A) o noivo pode ser representado por mandatário na celebração do casamento.
(B) outorgado mandato por instrumento público com o fim especial de o mandatário alugar a casa do mandante, eventual substabelecimento pode ser feito por instrumento particular.
(C) o mandato pode ser verbal.
(D) é nulo o mandato que contiver a cláusula "em causa própria".

14. (OAB/PI - 2005.1) No contrato:
(A) de depósito, o depósito necessário não se presume gratuito.
(B) de empreitada, a obrigação do empreiteiro de fornecer os materiais se presume.
(C) de mandato, o mandato deve ser escrito.
(D) mútuo, o empréstimo será de coisas não fungíveis.

Gabarito

Teoria geral dos contratos

1. C
2. A
3. A
4. C

Dos contratos em espécie

1. A
2. B
3. C
4. D
5. B
6. D
7. B
8. D
9. B
10. C
11. C
12. C
13. D
14. A

4

Responsabilidade Civil

Brunno Pandori Giancoli

4.1 Introdução

A responsabilidade civil é definida como a situação de quem sofre as conseqüências da violação de uma norma, ou como a obrigação que incumbe a alguém de reparar o prejuízo causado a outrem, pela sua atuação ou em virtude de danos provocados por pessoas ou coisas dele dependentes.

4.2 Funções da responsabilidade civil

Em face das necessidades decorrentes dos novos tempos, que exigem respostas mais eficientes e condizentes com o senso de justiça e com a segurança das pessoas, a responsabilidade civil deve, além de permitir o ressarcimento e compensação da vítima pelo dano injusto, garantir uma punição do comportamento antijurídico, e, ainda, garantir reeducação da conduta do ofensor, justamente para prevenir da ocorrência de novas lesões.

A lei, assim, possui um sentido quádruplo: ressarcir, compensar, punir e educar. Dessa forma, hoje é possível visualizar quatro funções no instituto da reparação civil: ressarcitória do dano;

compensatória da lesão; punitiva do ofensor; e desmotivacional ou reeducativa da conduta lesiva.

A função ressarcitória tem como objetivo garantir o direito do lesado à segurança dos bens que compõem seu patrimônio pessoal, por meio de uma reconstituição do modo mais exato possível do valor do prejuízo no momento da ocorrência do dano.

A função compensatória visa reequilibrar o que o prejuízo desequilibrou. Nem sempre é possível ressarcir os danos sofridos pela vítima, por isso o ordenamento reconhece o direito do lesado de receber uma compensação, pecuniária ou não, cuja contrapartida é a redução do patrimônio do devedor, causador do dano ou responsável por ele.

A função punitiva, também chamada de *punitive damages* por parte da doutrina, tem uma dupla finalidade. A primeira garante uma modificação e conscientização do comportamento danoso do ofensor por meio da atribuição de uma sanção, consistindo esta na diminuição de seu patrimônio material. A segunda gera uma projeção social da indenização, ou seja, que a conduta do ofensor sirva de exemplo para outros.

O Código Civil, em nenhuma de suas numerosas disposições sobre a responsabilidade civil, contemplou essa função. Do Código de Defesa do Consumidor, ela foi excluída pelo veto presidencial (art. 16). Contudo, a função punitiva, aos poucos, recebe adeptos tanto na doutrina como na jurisprudência, e a tendência atual permanece sendo no sentido de aumentar o valor das indenizações a esse título.

A função sociopreventiva representa o esforço do legislador no sentido de evitar, de prevenir, a infração. Trata-se de uma forma mais suave que a pena em sentido lato, e justamente por isso seu emprego apresenta-se de modo vantajoso.

A última década do século XX e o início do século XXI mostraram, juntamente com o avanço dos critérios objetivos, o desenvolvimento de estruturas modernas de prevenção de risco, por meio da constituição de entidades e órgãos, a exemplo do Procon e das

agências reguladoras. Mediante o exercício de poder de polícia, com a fiscalização e imposição de limitações administrativas, elas garantem a prevenção de danos das mais variadas espécies.

4.3 Elementos da responsabilidade civil

A caracterização da responsabilidade civil exige a configuração de uma série de elementos constitutivos. Sob um prisma normativo eles podem ser vistos como os componentes do suporte abstrato do dever de reparar, sem os quais não é possível cogitar da exigibilidade das normas que compõem o sistema de proteção do ordenamento civil.

São elementos estruturais da responsabilidade civil:

a. Ação ou omissão do agente: a responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente e, ainda, de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam.

A responsabilidade por ato de terceiro é hipótese de responsabilidade solidária (art. 942 do CC). Assim, ocorre a solidariedade não só no caso de concorrer uma pluralidade de agentes, como também entre as pessoas designadas no art. 932.

Com o art. 942 do CC, o direito positivo brasileiro instituiu um "nexo causal plúrimo". Em havendo mais de um agente causador do dano, não se perquire qual deles deve ser considerado responsável direto ou principal. Beneficiando-se, mais uma vez, a vítima, permite-lhe eleger, dentre os co-responsáveis, aquele de maior resistência econômica, para suportar o encargo ressarcitório.

A responsabilidade por danos causados por animais e coisas que estejam sob a guarda do agente é, em regra, objetiva (expressa disposição do art. 936: independe da prova de culpa). Isto se deve ao aumento do número de acidentes e de vítimas, que não devem ficar irressarcidas. Como excludente de responsabilidade, o agente deve provar que o dano foi causado por culpa exclusiva da vítima ou em razão de força maior.

b. Culpa ou dolo do agente: a obrigação de indenizar não existe, em regra, só porque o agente causador do dano procedeu objetivamente mal. É essencial que ele tenha agido com culpa. Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer censura ou reprovação do direito (primeira parte do art. 927 do CC).

O critério para aferição da diligência exigível do agente e, portanto, para a caracterização de culpa, é o da comparação de seu comportamento com o do *homo medius*, do homem ideal, que diligentemente prevê o mal e precavidamente evita o perigo.

Com relação aos graus, a culpa pode ser grave, leve e levíssima. O Código Civil, entretanto, não faz nenhuma distinção entre dolo e culpa, nem entre os graus da culpa, para fins de reparação do dano.

Assim, provado o dano, deve ser ele ressarcido integralmente pelo seu causador, tenha agido com dolo, culpa grave ou mesmo levíssima.

c. Relação de causalidade: é a relação de causa e efeito entre a ação ou a omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo "causar", utilizado no art. 186. As principais teorias sobre a relação de causalidade são:

   1) *Teoria da equivalência das condições:* toda e qualquer circunstância que haja concorrido para produzir o dano é considerada uma causa. A sua equivalência resulta de que, suprimida uma delas, o dano não se verifica. O ato do autor do dano era condição *sine qua non* para que o dano se verificasse.
   2) *Teoria da causalidade adequada:* somente considera como causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo. Se existiu, no caso em apreciação, dano somente por força de uma circunstância acidental, diz-se que a causa não era adequada.

d. Dano: sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano, etimologicamente, vem do vocábulo latino *demere*, que significa tirar, apoucar, diminuir. A doutrina e

a jurisprudência praticamente se mostram unânimes em declarar que não é possível cogitar de responsabilidade civil sem sua ocorrência. Uma única exceção prevista no nosso ordenamento permite que se tenha responsabilidade civil sem dano. Trata-se da hipótese prevista no art. 416 do Código Civil.

Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, patrimonial ou extrapatrimonial. Do ponto de vista físico, o dano significa o aniquilamento ou a alteração de uma condição favorável de um indivíduo ou grupo em um determinado espaço-tempo. Do ponto de vista jurídico, o dano se verifica em razão da inobservância de uma norma, a qual, para conceder um efeito favorável ao prejudicado, estabelece um determinado comportamento.

São requisitos do dano indenizável:

a. violação de um interesse jurídico protegido;
b. certeza;
c. subsistência;
d. imediatidade.

Parte da doutrina entende, ainda, que a configuração do dano indenizável depende da legitimidade processual ativa da vítima.

Entre as diversas classificações do dano, a mais expressiva na doutrina é aquela que distingue os danos entre patrimoniais (materiais) e extrapatrimoniais (morais).

O dano patrimonial, também chamado de dano material, traduz um efeito economicamente apreciável dos bens e direitos do seu titular. O dano patrimonial se verifica pela diferença entre o valor atual do patrimônio da vítima e aquele que teria, no mesmo momento, se não houvesse a lesão. Ele pode ser presente (emergente) ou futuro (lucro cessante). O primeiro consiste em um déficit real e efetivo no patrimônio do lesado, isto é, uma concreta diminuição, um prejuízo real. Já o segundo é alusivo à privação de um ganho pela vítima, ou seja, bens e valores que ele deixou de auferir, em razão do prejuízo que lhe foi causado.

O dano extrapatrimonial pode ser conceituado como violação do direito à dignidade. Nessa nova perspectiva, o dano extrapatrimonial não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima.

Os danos extrapatrimoniais englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados à sua dignidade. Nessa categoria, incluem-se os chamados novos direitos da personalidade: a imagem, o bom nome, direitos autorais, relações afetivas etc.

O dano extrapatrimonial existe *in re ipsa*, ou seja, deriva do próprio fato ofensivo. Por isso, provada a ofensa, já estará, também, demonstrada a prova do dano extrapatrimonial. Trata-se de uma presunção *hominis ou facti*.

Hoje já se discute também a possibilidade de danos de probabilidade, traduzidos pela doutrina como a teoria da perda da chance. A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. As chances que permitem a caracterização dessa espécie de dano devem ser sérias e reais.

4.4 Responsabilidade contratual e extracontratual

A responsabilidade contratual ocorre quando determinada pessoa causar prejuízo a outrem por descumprir uma obrigação contratual. Nela, o agente descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. O Código Civil disciplinou genericamente esta espécie de responsabilidade nos arts. 395 e ss. e 389 e ss.

A responsabilidade contratual abrange também o inadimplemento ou mora relativos a qualquer obrigação, ainda que provenientes de um negócio unilateral (como o testamento, a procuração ou a promessa de recompensa) ou da lei (como a obrigação de alimentos).

Já a responsabilidade extracontratual é aquela derivada de ilícito extracontratual, também chamada aquiliana (art. 186 do CC). Nela, o agente infringe um dever legal. Não há nenhum vínculo jurídico entre a vítima e o causador do dano.

4.5 Responsabilidade subjetiva e objetiva

Convivem hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, duas teorias que fundamentam a responsabilidade civil, as quais se diferenciam pela consideração da culpa como elemento da obrigação de reparar o dano.

a. Responsabilidade subjetiva: nesta concepção, a culpa é pressuposto da responsabilidade civil, ou seja, em não havendo culpa, não há responsabilidade. O Código Civil filiou-se à teoria subjetiva, conforme se verifica da leitura do art. 186 que erigiu o dolo e a culpa como fundamentos da obrigação de reparar. A responsabilidade subjetiva subsiste como regra necessária, sem prejuízo da adoção da responsabilidade objetiva.
b. Responsabilidade objetiva: nesta hipótese a lei impõe a reparação de um dano causado sem a concorrência do elemento culpa. Esta modalidade funda-se no risco.

O parágrafo único do art. 967 do Código Civil admite a responsabilidade sem culpa pelo exercício da atividade que, por sua natureza, representa risco para os direitos de outrem.

4.6 Quantificação e liquidação do dano

Indenizar é, na realidade, restabelecer a situação anterior ao dano. A formação da palavra indica o seu sentido: in + dano + izar. Significa desfazer o dano, dentro da medida do possível. Nesse sentido, o art. 944 do novo Código Civil especifica que: "A indenização mede-se pela extensão do dano", tendo, assim, o lesado o direito de receber perdas e danos (dano emergente e lucro cessante).

Ao magistrado é dado excepcionalmente o poder de reduzir o montante da indenização, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano causado (art. 944, parágrafo único). Além disso, quando quem sofreu o dano tiver colaborado com a

ocorrência do fato, o valor da indenização levará em conta a gravidade da sua culpa em confronto com a do autor do dano (art. 945).

A avaliação do dano faz-se pela liquidação, que consiste na fixação do montante pecuniário da indenização. Essa liquidação pode ser convencional ou legal, amigável ou judicial. É convencional quando decorre de entendimento prévio entre as partes, podendo a cláusula penal funcionar como uma prefixação das perdas e danos. É legal quando realizada na forma da lei. Quer seja convencional ou legal, pode realizar-se sem litígio (composição amigável) ou em virtude de decisão judicial (composição judicial).

A reparação ideal consiste na efetiva reposição. Quando impossível, deve a indenização ser paga em dinheiro; conforme a natureza do dano, a indenização poderá ser paga sob a forma de entrega de um capital ou de uma renda (art. 947 do CC).

Os arts. 948 a 954 esclarecem o *modus faciendi* da liquidação da reparação civil no caso de atos ilícitos, dizendo em que consiste a indenização pelos diversos casos.

Em relação ao homicídio, sem excluir outras reparações, determina a lei que sejam abrangidas as despesas com o tratamento e funeral da vítima, o luto de sua família e o pagamento dos alimentos às pessoas a quem o defunto os devia, considerando-se a duração provável da vida da vítima (art. 948 do CC).

No caso de lesão ou ofensa à saúde, a lei determina que seja paga uma indenização cabal de todas as despesas incorridas pela vítima e dos lucros não auferidos, bem como de eventuais outros prejuízos (art. 949 do CC).

Quando houver impossibilidade ou diminuição da capacidade de trabalho da vítima, deverá ser concedida indenização correspondente, sob a forma de pensão ou, se o prejudicado preferir, sob pagamento em apenas uma parcela (arts. 950 e 951 do CC).

No caso de usurpação de bens, a reparação consiste na sua devolução e no pagamento de suas deteriorações, além dos lucros cessantes. Caso tenha se perdido o bem, deverá ser reembolsado, ao prejudicado, valor equivalente (art. 952 do CC).

Os arts. 953 e 954 do Código Civil tratam da reparação do dano material e do dano moral nos casos de injúria, difamação ou calúnia, assim como nas ofensas à liberdade pessoal (cárcere privado e prisão ilegal ou não motivada).

4.7 Excludentes de responsabilidade civil

As excludentes de responsabilidade civil são situações jurídicas descritas pela lei que exoneram, ao agente, o dever jurídico de reparação do dano.

São excludentes de responsabilidade civil subjetiva:

a. legítima defesa;
b. o estado de necessidade;
c. o exercício regular do direito;
d. o estrito cumprimento do dever legal;
e. o caso fortuito;
f. a força maior.

Legítima defesa própria é a repulsa a mal injusto, grave e atual ou iminente à pessoa da vítima ou aos seus bens. A legítima defesa pressupõe, assim, a existência de uma agressão ilícita, pelo agente, e a vontade de defesa, por parte do ofendido. A repulsa deve ser proporcional e imediata. O ofendido responderá pelo excesso de legítima defesa, pouco importando se cometeu o excesso por dolo ou por culpa.

Estado de necessidade próprio é a situação em que o sujeito viola direito alheio, com a finalidade de remover perigo iminente de um direito seu. Não se confunde a legítima defesa com o estado de necessidade, pois aquela se refere aos direitos da personalidade, enquanto este se relaciona com o patrimônio do indivíduo. O estado de necessidade pressupõe aquele que o pratica não ter provocado ou facilitado o seu próprio dano.

Exercício regular de direito é o desenvolvimento de atividade humana em conformidade com o ordenamento jurídico. O exercício do direito somente deixa de ser considerado regular pelo excesso na atividade humana, conhecido como abuso de direito.

Estrito cumprimento do dever legal é a observância de um dever jurídico anteriormente estabelecido por lei. Caso o sujeito venha a ultrapassar os limites fixados pelo ordenamento jurídico, no cumprimento do dever legal, ele poderá ser responsabilizado pelo excesso ou abuso de poder ou de autoridade.

Caso fortuito é um evento imprevisível, do qual o homem médio não tem controle. Já a força maior é todo evento inevitável e, por vezes, imprevisível, que prejudica os interesses patrimoniais ou morais da vítima.

São excludentes de responsabilidade civil objetiva:

a. a culpa exclusiva da vítima;
b. a culpa exclusiva de terceiro;
c. a força maior;
d. o caso fortuito.

Além das excludentes de responsabilidade civil subjetiva e objetiva, há duas outras hipóteses freqüentemente lembradas, que não são causas de exoneração da responsabilidade por força de lei, mas sim motivos que levam à não-responsabilização do agente na prática, porque dependem da vontade humana. São elas: a renúncia da vítima à indenização e a cláusula de não indenizar.

Renúncia da vítima à indenização é ato jurídico unilateral irrevogável e informal, por meio do qual o próprio titular extingue, por abdicação, o direito subjetivo que tem à reparação por perdas e danos. Somente se torna possível a renúncia à indenização por quem é plenamente capaz.

Cláusula de não indenizar é o dispositivo integrante de um negócio jurídico, por meio do qual há a exoneração total ou parcial do dever de reparar o prejuízo patrimonial, nos limites acordados pelas partes.

Questões

1. (OAB/SP - 130°) O titular de um direito que o exerce de modo abusivo, excedendo os limites da boa-fé ou de seu fim social, pratica ato:
   (A) ilícito e que pode ensejar reparação civil.
   (B) lícito, mas que pode ensejar reparação civil.
   (C) lícito, apesar do seu abuso.
   (D) ilícito, mas sem possibilidade de reparação civil.

2. (OAB/SP - 129°) Sobre a Responsabilidade Civil, é errado afirmar:
   (A) o Código Civil possibilita a redução da indenização no caso de desproporção entre a gravidade da culpa do agente e o dano sofrido pela vítima.
   (B) o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la não se transmitem com a herança.
   (C) o absolutamente incapaz pode vir a ser condenado no âmbito civil pessoalmente pelos danos que causar.
   (D) o agente pode responder objetivamente pelos danos que causar se a atividade por ele desenvolvida implicar risco.

3. (OAB/MG - 2007.1) Assinale a opção incorreta:
   (A) quem causar dano a outrem, decorrente de ato ilícito, fica obrigado a repará-lo.
   (B) o direito de exigir a reparação do dano e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.
   (C) o detentor do animal ressarcirá o dano por ele causado, mesmo nos casos de força maior.
   (D) uma criança de 5 anos responde pelos prejuízos que ela causar, se as pessoas por ela responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

4. (OAB/CESPE-UnB - 2006.3) No que concerne à responsabilidade civil, assinale a opção correta:
   (A) para o reconhecimento da responsabilidade civil, exige-se a plena capacidade de discernimento da pessoa a quem se imputa a prática do ato danoso. Quem não pode entender o caráter ilícito de sua conduta não incorre em culpa e não pode ser responsabilizado civilmente. Portanto, pelos absolutamente incapazes respondem subsidiariamente os seus representantes legais.
   (B) a responsabilidade objetiva funda-se na idéia de culpa que deve ser provada pela vítima ou na teoria do risco, isto é, orienta-se para o fato de que a criação de risco é fonte de lucro ou de comodidade para os seus criadores.
   (C) quando se compromete a conduzir um passageiro a determinado lugar sem qualquer imprevisto, o transportador assume uma obrigação de resultado e responde objetivamente pelos danos a ele causados, bem como à sua bagagem, exceto se o evento resultar de força maior.
   (D) se o credor demandar o devedor antes do vencimento da dívida ou por dívida já paga, fica obrigado à repetição do indébito por valor igual ao dobro do que recebeu, mais os acréscimos legais. Nesse caso, configura-se, na conduta do credor, a prática de ato abusivo de direito, e ele responderá objetivamente pelos danos materiais e morais sofridos pelo devedor.

5. (OAB/RJ - 31°) Não é hipótese de responsabilidade objetiva:
   (A) a responsabilidade do Estado pelos danos causados pelos seus agentes.
   (B) a responsabilidade civil por abuso de direito.
   (C) a responsabilidade dos profissionais liberais.
   (D) a responsabilidade do empregador pelos danos causados por seus empregados, no exercício da atividade que lhes compete.

Gabarito

1. A
2. B
3. C
4. C
5. C

5

Direito das Coisas

Brunno Pandori Giancoli

5.1 Posse

5.1.1 Conceito e teorias

A doutrina, na sua quase-totalidade, alerta para a dificuldade do enquadramento jurídico do instituto da posse.

Na idéia de posse há, pois, uma coisa e uma vontade, traduzindo a relação de fruição. Mas nem todo estado de fato, relativamente à coisa ou à sua utilização, é juridicamente posse.

Muito próximo deste instituto temos a detenção (art. 1.198 do CC), que, embora semelhante na aparência, muito difere na essência, como nos efeitos. Aí é que surge a doutrina, com os elementos de caracterização e com os pressupostos que autorizam estremar uma de outra.

Savigny, responsável pelo desenvolvimento da teoria subjetiva da posse, considerava-a como o poder de uma pessoa sobre determinada coisa. Assim, era preciso a conjugação de dois elementos para a sua caracterização: o *corpus* (poder físico sobre a coisa) e o *animus* (intenção de agir como dono).

Por sua vez, Ihering definia a posse como exteriorização da propriedade. O elemento material da posse, para o autor, é a conduta externa da pessoa, que se apresenta em uma relação semelhante ao procedimento normal de proprietário. O elemento

psíquico (*animus*) nesta teoria não se situa na intenção de dono, mas tão-somente na vontade de proceder como procede habitualmente o proprietário (*affectio tenendi*), independentemente de querer ser dono.

Partindo de que, normalmente, o proprietário é possuidor, Ihering entendeu que é possuidor quem procede com a aparência de dono, o que permite definir, como já se tem feito: posse é a visibilidade do domínio.

O Código Civil, no art. 1.196, adotou a teoria desenvolvida pela referido autor, a qual foi denominada objetiva, justamente por ser mais conveniente e satisfatória. Com efeito, na relação possessória não se revela o *animus domini*, nem facilmente se prova.

É bom lembrar que novas teorias têm surgido para explicar este instituto, as quais dão ênfase ao caráter econômico e à função social da posse, aliadas à nova concepção do direito de propriedade, como prescreve a Constituição Federal. Elas constituem instrumento jurídico de fortalecimento da posse, permitindo que, em alguns casos e diante de certas circunstâncias, venha a preponderar, inclusive, sobre o direito de propriedade.

5.1.2 Detenção

A detenção também é uma relação de uma pessoa com uma coisa. Porém, nesta situação o detentor encontra-se em uma situação de dependência ou subordinação, ao contrário do possuidor, que exerce um vínculo jurídico com uma determinada coisa de forma autônoma. Nesse sentido é o teor do art. 1.198 do Código Civil: "Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas". Esse dispositivo é completado pela primeira parte do art. 1.208: "Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância".

O detentor (também chamado de fâmulo da posse, gestor de posse ou servidor de posse) é aquele que exerce uma relação pos-

sessória em obediência a uma ordem ou instrução do verdadeiro possuidor. É o que ocorre com os empregados em geral (caseiros, motoristas, cozinheiros etc.). A detenção, na verdade, nada mais é do que mera custódia da coisa, portanto não gera direitos sobre ela.

A detenção gera um ônus processual ao titular desta relação, conforme se vê no art. 62 do Código de Processo Civil. Quando o detentor é demandado em nome próprio em razão da coisa, deve indicar, por meio da nomeação à autoria, o possuidor ou proprietário legitimado para responder ao processo, sob pena de responder por perdas.

5.1.3 Classificação da posse

O Código Civil nos traz, no Capítulo I do Livro III da Parte Especial, diversas classificações sobre posse. As mais importantes são:

a. Posse direta e posse indireta: posse direta é aquela que decorre de um negócio jurídico, pelo qual alguém recebe um determinado bem para usá-lo ou gozá-lo, sendo, portanto, temporária e derivada. Já a posse indireta é daquele que cede o uso do bem. As posses direta e indireta coexistem.
   É bom notar que o possuidor direto, quando molestado, pode usar dos interditos possessórios, até mesmo contra o possuidor indireto.

b. Posse justa e injusta: de acordo com o art. 1.200 do Código Civil, a posse justa é a que não for violenta, clandestina ou precária. Dessa forma, em sentido contrário, é a posse injusta, ou seja, aquela que apresenta algum dos vícios mencionados no referido dispositivo.
   A posse é violenta quando o possuidor sabe que a coisa não é sua e dela se apossa assim mesmo. A posse é clandestina quando adquirida sub-repticiamente, como no caso do proprietário de um imóvel rural que muda a localização das cercas divisórias, com prejuízo para o vizinho. E a posse diz-se precária quando decorre de um título jurídico, como a locação, que deixou de ter validade, ou em comodato de prazo já expirado

c. Posse de boa-fé e posse de má-fé: segundo o art. 1.201 do Código Civil, a posse de boa-fé se caracteriza quando o possuidor ignora o vício ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. Trata-se da consciência de que a relação mantida com a coisa é legítima. Já se o possuidor tem conhecimento do vício, a posse é de má-fé.
   A boa-fé não é essencial para o uso das ações possessórias. Basta que a posse seja justa. A boa-fé ou a má-fé da posse só ganha relevância para a usucapião.

d. Posse nova e posse velha: posse nova é a de menos de ano e dia. Posse velha é a de ano e dia ou mais.
   Não se deve confundir a posse nova com a ação de força nova, nem posse velha com a ação de força velha. A classificação da posse em nova ou velha é marcada pelo início da relação com a coisa, ou seja, a idade da posse. Para saber se a ação é de força nova ou velha, leva-se em conta não o início da relação possessória, e sim o tempo desde a ocorrência da turbação ou do esbulho. A força nova permite ao possuidor pleitear a concessão liminar de reintegração ou manutenção da posse (art. 924 do CPC). Se a ação for de força velha, o possuidor não poderá pleitear a liminar, pois a ação será processada pelo rito ordinário.

e. Posse exclusiva e composse: exclusiva é a posse de um único possuidor. Já a composse, nos termos do art. 1.199 do Código Civil, é uma situação pela qual duas ou mais pessoas exercem, simultaneamente, poderes possessórios sobre a mesma coisa.
   Na composse, podem os compossuidores estabelecer uma divisão de fato para a utilização pacífica do direito de cada um. Nesta hipótese, teremos a composse *pro diviso*. Mas, se todos exercerem ao mesmo tempo e sobre a totalidade da coisa todos os poderes de fato, teremos a composse *pro indiviso*.

5.1.4 Aquisição e perda da posse

A aquisição da posse ocorre quando se torna possível o exercício de alguma das faculdades inerentes à propriedade (art. 1.204 do

CC). Os modos de aquisição podem ser originários e derivados. As formas originárias livram o novo possuidor dos vícios que anteriormente contaminavam a posse, justamente porque uma nova situação de fato surge. Já o mesmo não acontece com a posse adquirida por meios derivados, pois, neste caso, todos os vícios serão transmitidos, de acordo com o art. 1.203 do Código Civil: "Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida".

As principais formas de aquisição originárias da posse são:

a. **Apreensão da coisa:** consiste na apropriação de uma coisa sem dono em razão de um comportamento unilateral.
b. **Exercício de um direito:** consiste na manifestação externa de um direito que tem como objeto uma relação possessória (servidão, uso etc.).

Já os principais modos de aquisição derivada são:

a. **Tradição:** é a entrega ou transferência da coisa. A tradição é de três espécies: a efetiva ou material; a simbólica ou ficta; e a consensual. A primeira ocorre pela entrega real do bem (ex.: compra e venda). A segunda é realizada por meio de um ato que represente a transferência. Considera-se ficta a tradição no caso da *traditio brevi manu* e do constituto possessório (cláusula *constituti*).
b. **Sucessão:** em virtude de sucessão intervivos e *mortis causa*, a posse pode ser adquirida, conforme se depreende da leitura do art. 1.206: "A posse transmite-se aos herdeiros ou legatários do possuidor com os mesmos caracteres".

Além de indicar as formas de aquisição da posse, o Código Civil estabelece no art. 1.205 quem pode adquirir a posse:

a. pela própria pessoa que a pretende ou por seu representante;
b. por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação.

É bom observar que a vontade (*animus*) é elemento essencial para a caracterização da posse, daí por que ela só pode ser adquirida por quem seja dotado de vontade.

Em relação à perda da posse, o legislador do Código Civil preferiu uma fórmula genérica no art. 1.223, em vez de indicar hipóteses casuísticas: "Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1.196".

5.1.5 Efeitos da posse e proteção possessória

Dispõe o art. 1.210 do Código Civil que o possuidor tem direito a ser mantido na posse, em caso de turbação; restituído, no de esbulho; e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado. Pela leitura desse dispositivo, vê-se que a proteção da posse guarda um componente de estabilidade social. Portanto, os instrumentos de proteção possessória são, sem dúvida, formas de impedir a ruptura da paz social, garantindo o respeito à personalidade humana.

Além das ações possessórias, pode o possuidor proteger a sua posse por outros dois modos: pela legítima defesa e pelo desforço imediato, em que o possuidor pode manter ou restabelecer a situação de fato pelos seus próprios recursos. Quando o possuidor se acha presente e é turbado no exercício de sua posse, pode reagir, fazendo uso da defesa direta, agindo, então, em legítima defesa. Se, entretanto, a hipótese for de esbulho, tendo ocorrido a perda da posse, poderá fazer uso do desforço imediato.

Contudo, o meio normal de obter a proteção possessória é o judicial. Dessa forma, o possuidor pode valer-se dos interditos possessórios, também conhecidos como ações possessórias, os quais, como o próprio nome já sugere, têm como objeto exclusivo a tutela da posse. Porém, muito embora esta afirmação possa soar como óbvia em um primeiro momento, ela tem como objetivo ressaltar uma circunstância de inegável repercussão processual: quando a demanda versar sobre o domínio e não sobre a posse da coisa, ele terá natureza petitória (juízo petitório), não mantendo relação com as ações ditas possessórias.

5.2 Direitos reais

5.2.1 Características dos direitos reais

Os direitos reais se apóiam na relação entre homem e coisa, devendo esta possuir valor econômico e suscetível de apropriação.

São os direitos que se prendem à coisa, prevalecendo com a exclusão de concorrência de quem quer que seja, independendo, para o seu exercício, da colaboração de outrem e conferindo ao seu titular a possibilidade de ir buscar a coisa onde quer que ela se encontre, para sobre ela exercer o seu direito.

As características principais dos direitos reais são: taxatividade; oponibilidade *erga omnes*; seqüela e aderência.

a. Taxatividade (*numerus clausus*): não há direitos reais quando a lei não os declara. O art. 1.225 do Código Civil é a referência para os que proclamam a taxatividade do número dos direitos reais. Todavia, tal não significa que só são direitos reais os apontados no referido dispositivo, mas também os constituídos em diversas leis especiais. Entre os direitos reais previstos em lei esparsa, é bom lembrar a alienação fiduciária (Lei n. 9.514/97).
b. Oponibilidade *erga omnes*: os direitos reais permitem que seu titular não seja molestado por ninguém. Estabelece-se, dessa forma, uma relação jurídica em que é sujeito ativo o titular do direito real, e sujeito passivo a generalidade anônima dos indivíduos.
c. Seqüela: o direito de seqüela ou *jus persequendi* é a possibilidade de perseguir a coisa e de reivindicá-la em poder de quem quer que esteja (ação real).
d. Aderência: o direito real permanece incidindo sobre o bem, preso à coisa.

5.3 Propriedade

5.3.1 Função social da propriedade

Propriedade é o direito que outorga ao seu titular a faculdade de usar, gozar e dispor dos bens e de reavê-los do poder de quem quer que, injustamente, os possua ou detenha (art. 1.228 do CC).

Tais poderes, expressão do núcleo interno ou econômico do domínio e do núcleo externo ou jurídico, compõem o aspecto estrutural do direito de propriedade, sem nenhuma referência ao aspecto funcional do instituto.

Contudo, hoje, a propriedade não pode ser vista apenas como a reunião das faculdades: usar, gozar e dispor, reivindicar, as quais são tendencialmente plenas, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanação de sua senhoria sobre o bem. Modernamente, a determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade.

Tal conclusão oferece suporte teórico para a correta compreensão da função social da propriedade, que terá, necessariamente, uma configuração mais flexível. Daí decorre que, quando uma certa propriedade não cumpre a sua função social, não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico. Vale dizer que não somente os bens de produção, como também os de consumo, têm uma função social, sendo por esta conformados em seu conteúdo – modos de aquisição e de utilização.

5.3.2 Restrições ao direito de propriedade

Inúmeras leis impõem restrições ao direito de propriedade (Código de Mineração, Lei de Proteção ao Meio Ambiente etc.).

Há, ainda, limitações decorrentes do direito de vizinhança e de cláusulas impostas voluntariamente nas liberalidades, como inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Todo esse conjunto, no entanto, acaba traçando o perfil atual do direito de propriedade no Direito brasileiro, que deixou de apresentar as características de direito absoluto e ilimitado, para se transformar em um direito de finalidade social.

5.3.3 Aquisição da propriedade imóvel

A aquisição da propriedade imóvel pode ser dividida em derivada e originária. Derivada é o registro, enquanto originárias são a usucapião e a acessão.

a) Registro

O registro é um modo derivado de aquisição de propriedade. Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel (§ 1º do art. 1.245 do CC).

A atual lei de registros públicos (Lei n. 6.015, de 31.12.1973) instituiu a matrícula, exigindo a sua realização antes do registro, quando o imóvel sofrer a primeira alteração na titularidade (arts. 176, § 1º, e 228). Cada imóvel terá matrícula própria.

O registro sucede à matrícula e é o ato que efetivamente acarreta a transferência da propriedade.

b) Usucapião

Trata-se a usucapião, também chamada de prescrição aquisitiva, de uma forma originária de aquisição de propriedade.

O fundamento da usucapião está assentado no princípio da utilidade social, na conveniência de dar segurança e estabilidade à propriedade, bem como de consolidar as aquisições e facilitar a prova do domínio.

Existem três espécies de usucapião de bens imóveis, a saber: a extraordinária, prevista no art. 1.238 do Código Civil; a ordinária, que encontra seu fundamento no art. 1.242; e a especial ou constitucional, dividindo-se a última em: rural (*pro labore*) e urbana (pró-moradia ou *pro misero*). Há, ainda, a modalidade especial, a usucapião indígena, estabelecida no Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73), bem como a modalidade coletiva prevista no art. 10 do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001).

A usucapião extraordinária exige os seguintes requisitos: posse de 15 anos, prazo este que pode reduzir-se a dez anos se o possuidor houver estabelecido, no imóvel, a sua moradia habitual ou nele tiver realizado obras ou serviços de caráter produtivo, exercida com ânimo de dono, de forma contínua, mansa e pacificamente. Dispensam-se os requisitos do justo título e da boa-fé, que nem sequer são presumidos: simplesmente não são requisitos exigidos.

Já a usucapião ordinária apresenta os seguintes requisitos: posse de dez anos, exercida com ânimo de dono, de forma contínua, mansa e pacificamente, além de justo título e boa-fé. O prazo pode ser reduzido para cinco anos se o possuidor estabeleceu no imóvel a sua moradia habitual ou nele realizou obras ou serviços de caráter produtivo.

Por fim, a usucapião especial, também chamada constitucional, exige requisitos específicos conforme a localização do imóvel. Para a usucapião especial de imóvel rural, exige-se ocupação produtiva do imóvel pela moradia e pelo trabalho, todavia não se cogita de justo título e boa-fé. Além disso, o usucapiente não pode ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural, bem como a área a ser usucapida está limitada a 50 hectares.

Já em relação à usucapião especial urbana, a ocupação do imóvel deve ter uma destinação específica, qual seja, a moradia do usucapiente ou de sua família. Aqui também não se cogita de justo título e boa-fé. Quanto à extensão do imóvel, a área a ser usucapida será de, no máximo, 250 m². Entende, pois, o legislador que essa metragem é suficiente à moradia do possuidor e de sua família.

Os pressupostos da usucapião são:

- Coisa hábil (*res habilis*): é o bem suscetível de usucapião. Assim, os bens fora do comércio e os bens públicos não se sujeitam a usucapião. A jurisprudência consolidou-se nesse sentido, con-

forme se verifica pela Súmula 340 do STF: "Desde a vigência do Código Civil (1916), os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião".

- Posse (*possessio*): exige a lei que a posse seja mansa e pacífica, ou seja, que ela venha sendo exercida pelo possuidor, sem qualquer oposição por parte do proprietário do bem ou de terceiro. A posse deve ainda ser justa, pois a violência e a clandestinidade, enquanto perdurem, impedem a ocorrência da usucapião, ao passo que a precariedade a impossibilita permanentemente. A boa-fé do possuidor também é exigida quando se tratar de usucapião ordinária.
- Tempo: a posse deve ser exercida por todo o lapso temporal de modo contínuo conforme a hipótese específica, sem interrupção ou impugnação.

Os arts. 941 a 945 do Código de Processo Civil tratam do processamento da ação de usucapião de terras particulares. Serão processadas, no rito sumário, a usucapião especial urbana e a rural, em razão da incidência da Lei n. 6.969/81.

c) Acessão

É uma forma de aquisição de propriedade imóvel que resulta de processo de incorporação de determinado bem ao solo.

Seja qual for a modalidade de acessão, ela sempre dependerá do concurso de dois requisitos:

- a conjugação entre duas coisas, até então separadas;
- o caráter acessório de uma dessas coisas, em confronto com a outra. Percebe-se, nitidamente, na caracterização deste fenômeno aquisitivo, o princípio segundo o qual a coisa acessória segue a principal (*acessorium sequitur suum principale*).

As acessões podem ser físicas ou naturais. São elas:

- Aluvião (art. 1.250 do CC): é o aumento lento, gradual e imperceptível de terras ao longo das margens de correntes ou pelo desvio das suas águas

- Avulsão (art. 1.251 do CC): é o aumento decorrente de uma força natural violenta, a qual permite que uma porção de terra se destaque de um prédio e se junte a outro.
- Álveo abandonado (art. 1.252 do CC): o álveo é a superfície coberta pelas águas de um determinado rio; em outras palavras, o leito. O abandono do álveo ocorre com a seca do rio. Neste caso, o leito exposto passa a pertencer aos proprietários ribeirinhos das duas margens, na proporção das testadas, até a linha mediana daquele.
- Formação de ilhas (art. 1.249 do CC): as ilhas são porções de terras formadas em rios particulares, ou seja, rios não navegáveis. As ilhas formadas em rios navegáveis são de propriedade dos Estados ou da União.

As acessões também podem ser artificiais ou industriais. São elas: construções e plantações. Presume-se que as construções ou plantações realizadas foram introduzidas pelo proprietário e à sua custa (art. 1.253 do CC). A presunção se ilide nas hipóteses dos arts. 1.254 e ss. do Código Civil.

5.3.4 Aquisição da propriedade móvel

A aquisição da propriedade móvel também pode ser dividida em derivada e originária. Derivada é a tradição e originárias são a ocupação, o achado de tesouro, a especificação, as misturas e a usucapião.

a. Tradição: trata-se de um ato de entrega da coisa ao adquirente, transformando a declaração translatícia de vontade em direito real. Diz-se tradição real a que consiste na efetiva entrega ou entrega material da coisa ao adquirente que a recebe e apreende. Simbólica se diz a tradição que se não realiza pela entrega e apreensão material da coisa, porém mediante a de algo que a represente.
b. Ocupação: ato de se assenhorear de coisa sem dono para logo lhe adquirir a propriedade, não sendo essa ocupação defesa por lei (art. 1.263 do CC).

Com efeito, diz-se que não tem dono aquela coisa que nunca foi objeto de assenhoramento (*res nullius*), categoria preenchida pelas espécies que a natureza inesgotavelmente produz, como aquela que já o teve e não mais o tem (*res derelicta*).

Tendo em vista que não são freqüentes as coisas sem dono, a ocupação como modalidade aquisitiva ficou hoje muito reduzida (ex.: caça e pesca)

c. **Achado de tesouro:** é o depósito antigo de moedas ou coisas preciosas, enterrado ou oculto, cujo dono não se tenha memória. Os elementos de caracterização desta modalidade aquisitiva são:
   - ser um depósito de coisas móveis preciosas ou moedas, promovido por mão humana;
   - estar o depósito enterrado ou oculto;
   - a ancianidade, isto é, ser antigo e tão antigo que se haja perdido a memória de quem seja o proprietário.

d. **Especificação:** é a transformação definitiva da matéria-prima em espécie nova, mediante o trabalho ou indústria do especificador. Para que se opere a aquisição da propriedade, é mister que a transformação se dê pela ação humana, e que não seja possível retornar à espécie anterior.

   A importância social desta modalidade aquisitiva é muito grande, tendo-se em vista a capacidade criadora do homem. A "novidade" é encarada em sentido econômico e não filosófico; vale dizer que a nova *species* há de resultar de alteração dotada de importância (ex.: a escultura, a pintura em relação à tela).

   O Código Civil, ao fixar o princípio da especificação, dispõe no art. 1.269 que "Aquele que, trabalhando em matéria-prima em parte alheia, obtiver espécie nova, desta será proprietário, se não se puder restituir à forma anterior".

   Conciliando, todavia, a aquisição da propriedade com o princípio fundamental do respeito ao direito alheio, o prejudicado com a especificação irredutível terá direito ao ressarcimento, salvo se se tratar de especificação de má-fé.

e. **Misturas:** confusão, comistão e adjunção. As misturas são hipóteses de coisas de diversos donos que se mesclaram. Diz-se haver confusão quando se acharem sem estado líquido; comistão, se forem coisas secas. Em um e no outro caso, ordinariamente resulta em um condomínio, regulados os direitos pelo disposto no título ou na convenção, quando for ela voluntariamente obtida.

   A adjunção consiste na justaposição de uma a outra coisa, impossibilitando destacar-se a acessória da principal, e, por conseguinte, resultando que o dono da primeira adquire a segunda, com a observância das regras de acessão.

f. **Usucapião:** a usucapião de bens móveis é norteada pelos mesmos princípios da usucapião de coisas imóveis. O art. 1.260 do Código Civil prevê uma modalidade de usucapião ordinária, cujo prazo aquisitivo é de três anos. Assim como nos imóveis, esta modalidade exige justo título e boa-fé do possuidor. Já o art. 1.261 prevê uma modalidade extraordinária, ou seja, sem justo título e boa-fé, cujo prazo é de cinco anos.

5.3.5 Direitos de vizinhança

O direito de vizinhança é um complexo de regras que visa regular e evitar conflitos entre proprietários de prédios contíguos. São regras intimamente relacionadas com a função social da propriedade, pois estabelecem parâmetros de coexistência social pacíficas, inspiradas na lealdade e boa-fé. Os direitos de vizinhança são obrigações *propter rem*, porque vinculam os confinantes, acompanhando a coisa.

O Código Civil estabelece sete institutos relacionados ao direito de vizinhança, a saber:

a. **Uso anormal da propriedade** (arts. 1.277 a 1.281 do CC): trata-se de um instituto que visa cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde, provocadas pela utilização da propriedade vizinha. O uso anormal pode ser tanto ilícito como abusivo, ou seja, em desacordo com sua finalidade econô-

mica ou social. A ação apropriada para a tutela desse interesse é a cominatória ou a tutela para remoção de ilícito.

b. Árvores limítrofes (arts. 1.282 a 1.284 do CC): trata-se de uma presunção de condomínio da árvore cujo tronco se encontra na linha divisória dos prédios confinantes. Em relação ao corte de raízes e ramos e à titularidade dos frutos caídos, o Código Civil estabelece regras claras nos arts. 1.283 e 1.284, respectivamente.

c. Passagem forçada (art. 1.285 do CC): decorre do encravamento de um determinado imóvel. Encravado é o imóvel que não tem saída para as vias públicas, nascente ou porto.
O direito é exercitável contra o proprietário contíguo e, se necessário, contra o vizinho não imediato. O rumo da passagem será, como regra geral, estabelecido de comum acordo entre os interessados e, na falta dele, fixado judicialmente (art. 1.285 do CC). A passagem forçada garante ao titular do prédio constrangido pagamento de indenização cabal.

d. Passagem de cabos e tubulações (arts. 1.286 e 1.287 do CC): o proprietário é obrigado a tolerar a passagem de cabos e tubulações no seu imóvel, mediante recebimento de indenização que atenda à desvalorização da área remanescente.

e. Águas (arts. 1.288 a 1.296 do CC): os prédios inferiores são obrigados a receber as águas que correm naturalmente dos superiores.

f. Limites entre prédios e do direito de tapagem (arts. 1.297 e 1.298 do CC): trata-se de regras para demarcação dos limites entre prédios. Para o exercício desse direito, a ação apropriada é a demarcatória (arts. 946 a 966 do CPC). As despesas para a realização das obras de demarcação devem ser repartidas proporcionalmente entre os interessados (art. 1.297 do CC).

g. Direito de construir (arts. 1.299 a 1.313 do CC): o direito de construir resulta da própria condição de proprietário do bem. Contudo, o Código Civil estabelece limitações para esta faculdade em razão da função social. A falta de observância dessas regras permite ao vizinho prejudicado ingressar com ação demolitória, nunciação de obra nova ou até mesmo indenizatória para desfazer, cessar, ou ressarcir os danos provocados.

5.3.6 Condomínio

Dá-se o condomínio quando mais de uma pessoa, ao mesmo tempo, exerce o direito de propriedade sobre determinada coisa.

O Código Civil deixou claro que o solo, estrutura do prédio, do telhado, a rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, calefação e refrigeração centrais, e as demais partes comuns, inclusive o acesso ao logradouro público, são de utilidade em comum dos condôminos, não podendo ser alienados separadamente ou divididos.

O condomínio pode ser classificado sob três formas:

a. *Quanto à origem*, ou seja, voluntário e eventual. Voluntário ou convencional, quando surge do acordo de vontades; emerge de contrato ou convenção. Eventual ou acidental, quando sua origem é estranha à vontade dos condôminos. É a hipótese dos bens deixados por herança a mais de um herdeiro ou doação de uma coisa a mais de uma pessoa.

b. *Quanto ao objeto*, ou seja, universal e particular. Universal, quando abranger a coisa integralmente, inclusive frutos e rendimentos. Particular, quando se limita a determinadas coisas ou frutos, permanecendo os demais fora do condomínio.

c. *Quanto à forma*, ou seja, divisível e indivisível. Divisível, quando o condomínio existe de direito, mas não de fato (cada condômino já se situou em uma parte determinada da coisa). Indivisível, quando tanto existe de fato como de direito. Todos os condôminos são donos, em comum, de toda coisa, porque se mantém indivisa e nenhum se situou em uma parte.

O Código Civil também disciplinou o chamado condomínio edilício. Esta modalidade condominial caracteriza-se pela apresentação de uma propriedade comum ao lado de uma propriedade privativa (também chamada de unidade autônoma). Todo condomínio em edificações deve ter, obrigatoriamente:

a. Ato de instituição (art. 1.332 do CC): trata-se da constituição do condomínio e pode resultar de um ato *intervivos* ou *causa mortis*

(testamento). A principal forma de instituição, na prática, é a incorporação imobiliária.

b. **Convenção de condomínio** (art. 1.333 do CC): é um documento escrito no qual se estipulam os direitos e deveres de cada condômino, e deve ser subscrito pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais.

A convenção poderá ser feita "por escritura pública ou por instrumento particular" (art. 1.334, § 1º, do CC). Segundo o *caput* do art. 1.334, a convenção deve obrigatoriamente conter, além das cláusulas que os condôminos houverem por bem estipular:

- a quota proporcional e o modo de pagamento das contribuições dos condôminos para atender às despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio;
- sua forma de administração;
- a competência das assembléias, forma de sua convocação e *quorum* exigido para as deliberações;
- as sanções a que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores. Em relação às sanções, o Código Civil permite aos condomínios a possibilidade de se aplicar multa ao condômino que tiver conduta anti-social de forma reiterada (art. 1.337, parágrafo único, do CC): "O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento anti-social, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembléia";
- o regimento interno.

c. Regulamento (regimento interno): trata-se de um documento que contém regras sobre o uso das coisas comuns (horário de uso da piscina, horário de mudança, utilização de entradas etc.). É ato *interna corporis* que regula o uso e o funcionamento do edifício.

Vale ressaltar que a Lei n. 4.591/64, com as alterações da Lei n. 4.864/65, continua a viger subsidiariamente ao Código Civil nas implicações sobre o condomínio edilício que este não disciplinou.

5.4 Superfície

Trata-se de direito real de fruição ou gozo sobre coisa alheia, de origem romana. Surgiu da necessidade prática de se permitir edificação sobre bens públicos, pertencendo o solo ao poder do Estado.

O Estatuto da Cidade antecipou-se ao Código Civil, disciplinando o direito de superfície, limitado, porém, a imóvel urbano, enquanto este cuida do urbano e também do rural.

No art. 1.369 do Código Civil, o direito de superfície é definido como a faculdade que o proprietário tem de conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

A concessão da superfície pode ser onerosa ou gratuita. Em ambos os casos, o superficiário, uma vez que desfruta dos proveitos do imóvel, responde pelos encargos e tributos que sobre ele incidem. Como direito real que se prende ao imóvel, o direito de superfície pode ser transferido pelo superficiário a terceiros, inclusive aos seus herdeiros, por morte daquele.

Prescreve o art. 1.375 do Código Civil que: "Extinta a concessão, o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário".

5.5 Servidões

Servidão é um encargo que suporta um prédio denominado serviente, em benefício de um outro prédio chamado dominante, conferindo ao titular o uso e gozo do direito ou faculdade.

A servidão é um direito acessório, porque implica a existência de um direito principal. Como se trata de direito concedido ao dono do prédio dominante, seu titular há que ser proprietário daquele prédio. Com efeito, seria contrário ao próprio conceito de servidão admitir sua constituição em favor de quem não fosse dono do prédio dominante.

A servidão é perpétua, no sentido de que é irresgatável sem a anuência do proprietário do prédio dominante.

A servidão é composta dos seguintes elementos:

a. trata-se de uma relação entre dois prédios;
b. a servidão envolve uma obrigação negativa;
c. a existência da servidão implica a idéia de que os prédios pertencem a donos diversos.

As servidões podem nascer de um negócio jurídico, de uma sentença, usucapião, entre outras hipóteses. Sobre a usucapião de servidão, dispõe o art. 1.379 do Código Civil: "O exercício incontestado e contínuo de uma servidão aparente, por 10 (dez) anos, nos termos do art. 1.242, autoriza o interessado a registrá-la em seu nome no Registro de Imóveis, valendo-lhe como título a sentença que julgar consumada a usucapião" (trata-se de modalidade de usucapião ordinária). Acresce o parágrafo único desse dispositivo: "Se o possuidor não tiver título, o prazo da usucapião será de 20 (vinte) anos" (trata-se de modalidade de usucapião extraordinária).

De acordo com art. 1.384 do Código Civil, a servidão poderá ser removida de um local para outro. Três são os requisitos para que ela ocorra: 1) a mudança não pode acarretar prejuízo; 2) todas as despesas devem correr por conta do dono do prédio serviente; 3) pode ser feita pelo dono do prédio dominante, se isso não prejudicar o dono do prédio serviente, proporcionando ao dono do prédio dominante maior utilidade da coisa.

Salvo nas desapropriações, a servidão, depois de registrada, só se extingue quando cancelada (art. 1.387 do CC). Extinguem-se, ainda, as servidões prediais, nos termos do art. 1.389

do Código: pela reunião dos dois prédios no domínio da mesma pessoa; pela supressão das obras (hipótese esta aplicável somente às servidões aparentes); e, finalmente, pelo não-uso durante dez anos contínuos.

5.6 Usufruto

Trata-se de um direito real sobre coisa alheia conferido a alguém de retirar, temporariamente, da coisa alheia, os frutos e utilidades que ela produz, sem lhe alterar a substância (art. 1.225, IV, do CC).

O proprietário perde, temporariamente, o direito ao uso e aos frutos. Não perde, entretanto, a substância, conservando a condição de proprietário. Daí o termo nu-proprietário, pois fica tolhido no exercício integral dos poderes inerentes à propriedade.

Pode recair sobre bens móveis ou imóveis e sobre um patrimônio (como um todo). O Código Civil prevê, ainda, a possibilidade de usufruto de títulos de crédito. Se bens móveis, não podem ser fungíveis, pois é necessário conservar a substância da coisa.

As características do usufruto são:

a. Temporário: não excede à vida do usufrutuário (art. 1.410, I, do CC) ou 30 anos se for pessoa jurídica (art. 1.410 do CC). Pode-se estabelecer uma condição (graduação universitária). Nunca perpétuo.
b. Oponível *erga omnes*: daí também decorre o direito de seqüela.
c. Intransferível e inalienável: não se transfere por herança ou por alienação. Todavia, de acordo como o art. 1.393 do Código Civil, é possível ceder o exercício a título gratuito (comodato) ou oneroso (RT 412/208). Perante terceiro, só tem validade se devidamente registrado (RT 520/212).
d. É impenhorável: o direito real não pode ser objeto de penhora, mas seu exercício sim, desde que tenha expressão econômica. A penhora recai sobre os frutos e utilidades do bem (art. 716 do CPC – usufruto em execução).

O usufruto pode ser classificado de três formas:

a. *Quanto à origem*, pode ser: **legal** (estabelecido por lei em benefício de determinadas pessoas); **convencional; resultante de usucapião.**
b. *Quanto à extensão*, é possível afirmar que este direito recai sobre bens individualizados, sobre uma universalidade de bens (ou parte dela) e pode abranger os frutos e utilidades, no todo ou em parte.
c. *Quanto à duração*, pode ser **temporário** (prazo preestabelecido) ou **vitalício** (até a morte do usufrutuário).

O usufruto extingue-se por:

a. *renúncia ou morte do usufrutuário*. Não ocorre com a morte do nu-proprietário (aqui a nua propriedade é transmitida aos herdeiros);
b. *termo de sua duração;*
c. *extinção da pessoa jurídica* ou *decurso do prazo de 30 anos;*
d. *cessação do motivo de origem;*
e. *destruição da coisa;*
f. *consolidação;*
g. *culpa do usufrutuário*, quando aliena, deteriora ou deixa arruinar os bens, não lhes acudindo com os reparos de conservação, ou quando, no usufruto de títulos de crédito, não dá às importâncias recebidas a aplicação prevista no parágrafo único do art. 1.395 do Código Civil.

5.7 Uso

O usuário usará da coisa e perceberá os seus frutos quando o exigirem as necessidades pessoais suas e de sua família (art. 1.412 do CC). No que diz respeito às necessidades pessoais, deve-se ter em consideração a condição social do usuário, bem como o lugar onde vive.

O direito real de uso pode ter como objeto tanto as coisas móveis, desde que não seja fungível nem consumível, como as imóveis.

Em verdade, o direito real de uso não se diferencia substancialmente do usufruto, distinguindo-se dele pela intensidade ou profundidade do direito. Daí por que as formas de constituição e extinção são as mesmas.

5.8 Habitação

A habitação pode ser entendida como modalidade especial de uso à moradia.

O titular desse direito pode usar a casa para si, residindo nela, mas não alugá-la nem emprestá-la. E, se for conferido a mais de uma pessoa, qualquer delas que a ocupar estará no exercício de direito próprio, nada devendo às demais a título de aluguel.

A Lei n. 4.121, de 27.8.1962, criou o direito de habitação em favor do cônjuge sobrevivente, enquanto permanecer em estado de viuvez, desde que o imóvel da família seja o único residencial a inventariar.

A Lei n. 9.278, de 10.5.1996, dispondo sobre a união estável, diz que a dissolução, por morte de um dos conviventes, dá ao sobrevivente o direito real de habitação (art. 7º, parágrafo único).

Como direito real, imprescindível se torna o registro do respectivo título no Cartório de Registro de Imóveis (LRP, art. 167, item I, n. 7).

O direito real de habitação é concedido sem prejuízo da participação da viúva ou do viúvo na herança. Mesmo que o cônjuge sobrevivente seja herdeiro ou legatário, não perde o direito de habitação.

Dispõe ainda o art. 1.831 do Código Civil, no capítulo concernente à ordem da vocação hereditária, que: "Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar".

5.9 Direito do promitente comprador

Consiste a promessa irretratável de compra e venda no contrato pelo qual o promitente vendedor obriga-se a vender ao compromissário comprador determinado imóvel, pelo preço, condições e modos convencionados, outorgando-lhe a escritura definitiva quando houver o adimplemento da obrigação. O compromissário comprador, por sua vez, obriga-se a pagar o preço e cumprir todas as condições estipuladas na avença, adquirindo, em conseqüência, direito real sobre o imóvel, com a faculdade de reclamar a outorga da escritura pública definitiva, ou sua adjudicação compulsória, havendo recusa por parte do promitente vendedor.

Cuida-se de direito real, porque o adquirente tem a utilização da coisa e pode dispor do direito mediante cessão. Desfruta, ainda, da seqüela, podendo reivindicar a coisa em poder de quem quer que a detenha. Pode, também, opor-se à ação de terceiros que coloquem obstáculos ao exercício do direito, havendo oponibilidade *erga omnes*.

O instituto passou por uma série de fases de evolução em nosso Direito. O sistema do Código Civil de 1916 permitia que o promitente, com base no seu art. 1.088, se arrependesse antes de celebrado o contrato definitivo. Como o direito era de natureza pessoal, os adquirentes não podiam reivindicar o imóvel, mas apenas o pagamento de perdas e danos.

Com o advento do Decreto-Lei n. 58/37, o compromisso tornou-se irretratável, conferindo direito real ao comprador, desde que levado ao registro imobiliário. O promitente comprador não recebe o domínio da coisa, mas passa a ter direitos reais sobre ela.

A Lei n. 6.766/79 veio derrogar o Decreto-Lei n. 58/37, que hoje se aplica somente aos loteamentos rurais. O art. 25 da referida lei declara irretratáveis e irrevogáveis os compromissos de compra e venda de imóveis loteados. Qualquer cláusula de arrependimento, nesses contratos, ter-se-á, pois, por não escrita.

Em se tratando, porém, de imóvel não loteado, lícito afigura-se convencionar o arrependimento, afastando-se, com isso, a constituição do direito real. Inexistindo cláusula nesse sentido, prevalece a irretratabilidade.

5.10 Direitos reais de garantia

5.10.1 Aspectos gerais

O Código Civil brasileiro contempla as seguintes modalidades de garantia real: **penhor, hipoteca e anticrese.**

A Lei n. 4.728/65 criou uma nova modalidade: a alienação fiduciária, disciplinada no Código Civil como propriedade fiduciária.

Para Orlando Gomes, direito real de garantia é o que confere ao credor a pretensão de obter o pagamento da dívida com o valor do bem aplicado exclusivamente à sua satisfação. Sua função é garantir ao credor o recebimento da dívida, por estar vinculado determinado bem ao seu pagamento. O direito do credor concentra-se sobre determinado elemento patrimonial do devedor. Os atributos de seqüela e preferência atestam sua natureza substantiva real.

Para validade da garantia real, exige a lei, além da capacidade geral para os atos da vida civil, a especial para alienar. Dispõe, com efeito, o art. 1.420 do Código Civil, na sua primeira parte, que "só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese".

Em regra, pois, somente o proprietário pode dar bens em garantia. Não basta, todavia, essa qualidade. Faz-se mister que, além do domínio, tenha ainda a livre disposição da coisa. Desse modo, a falta de vênia conjugal torna anulável o ato praticado, segundo dispõe o art. 1.649 do Código Civil, podendo o outro cônjuge, e não quem o praticou, pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal. Não existe regra idêntica para os companheiros, podendo suceder a alienação unilateral de um bem, ou a constituição de direito real, por um deles, ilaqueando a boa-fé do terceiro.

A segunda parte do art. 1.420 dispõe que somente os bens dentro do comércio poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca. Os bens fora do comércio dados em garantia tornam o negócio nulo.

A lei impõe, ainda, a observância de formalidades para que os contratos de penhor, anticrese e hipoteca tenham eficácia perante terceiros, a qual é alcançada pela especialização (art. 1.424) e pela publicidade.

E especialização é a descrição pormenorizada, no contrato, do bem dado em garantia, do valor do crédito, do prazo fixado para pagamento e da taxa de juros, se houver. A publicidade é dada pelo registro do título constitutivo no Registro de Imóveis (hipoteca, anticrese e penhor rural) ou no Registro de Títulos e Documentos (penhor convencional).

É importante observar que a ausência desses requisitos não acarreta, porém, a nulidade do contrato, apenas a sua ineficácia, pois não produz os efeitos próprios de um direito real. Valerá apenas como direito pessoal, vinculando somente as partes que intervieram na convenção. Em conseqüência, fica o credor privado da seqüela, da preferência e da ação real, restando-lhe apenas o direito de participar do concurso de credores, na condição de quirografário.

Criado o direito real de garantia, fica o bem afetado ao pagamento prioritário de determinada obrigação, porquanto o art. 1.422 permite a separação deste bem do patrimônio do devedor. Além desta prioridade, os direitos reais de garantia geram os seguintes efeitos: a) direito de preferência ou prelação; b) direito de seqüela; c) direito de excussão; d) indivisibilidade.

5.10.2 Hipoteca

A hipoteca tem como objeto os seguintes bens:

a. os *imóveis* e os *acessórios* dos *imóveis* conjuntamente com eles;
b. o *domínio direto*;
c. o *domínio útil*;
d. as *estradas de ferro*;

e. os *recursos naturais* a que se refere o art. 1.230 do Código Civil, independentemente do solo onde se acham;
f. os *navios* e as *aeronaves*;
g. o *direito de uso especial para fins de moradia*;
h. o *direito real de uso*;
i. a *propriedade superficiária*.

Sendo condição natural da hipoteca a acessoriedade, pressupõe ela a existência de uma dívida, à qual adere e busca assegurar.

A validade da hipoteca depende da observância do requisito concernente à forma de sua constituição. Envolve este: o título constitutivo, a especialização (art. 1.424 do CC) e o registro no Cartório de Imóveis (art. 1.492 do CC).

As principais espécies de hipoteca são:

a. **Hipoteca convencional:** é aquela que se constitui por meio de um acordo de vontades entre o credor e o devedor de uma determinada relação obrigacional.
b. **Hipoteca legal:** é aquela imposta pela lei em favor de determinadas pessoas que merecem proteção jurídica. O art. 1.489 do Código Civil estabelece cinco hipóteses para esta modalidade de hipoteca (o principal exemplo prático é a hipoteca aos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que se casa novamente antes de fazer o inventário do casamento anterior).
c. **Hipoteca judicial:** trata-se da hipoteca sobre os bens do vencido em um determinado litígio judicial, para garantir a satisfação do crédito do vencedor. Ela não foi contemplada explicitamente no Código Civil, mas é prevista no art. 466 do Código de Processo Civil: "A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos".

O direito real de hipoteca produz efeitos a partir do registro do título constitutivo. Admite-se a efetivação de novas hipotecas

sobre imóvel anteriormente hipotecado, mesmo em favor de um novo credor. Esta segunda hipoteca recebe o nome de subipoteca.

Uma vez constituída a hipoteca, o proprietário do imóvel sofre limitações no seu direito até a extinção do gravame ou a penhora do bem. Entende-se por remição da hipoteca a liberação ou resgate do imóvel hipotecado mediante o pagamento, ao credor, da dívida que visa garantir.

5.10.3 Penhor

É o direito real que submete coisa móvel ou mobilizável ao pagamento de uma dívida (art. 1.431 do CC).

A transferência da coisa para as mãos do credor tem a vantagem de impedir a alienação fraudulenta do objeto da garantia, além de dar publicidade ao negócio jurídico. A publicidade é reforçada pelo registro do título no Cartório de Registro de Títulos e Documentos.

Para que tenha validade a constituição do penhor, é necessário que a coisa oferecida em garantia pertença ao próprio devedor, pois é nulo o penhor de coisa alheia, salvo as hipóteses de domínio superveniente e de garantia oferecida por terceira pessoa.

O penhor pode ser de várias espécies. São elas:

a. Penhor rural: compreende o penhor agrícola e o penhor pecuário. Nesta espécie de penhor, não ocorre a tradição da coisa para as mãos do credor. No penhor rural, o devedor permanece na posse do bem empenhado, em posição equiparada à de depositário, passando o credor à posição de depositante. O penhor rural independe de vênia conjugal.
b. Penhor industrial e mercantil: destina-se a garantir obrigação oriunda de negócio jurídico empresarial. Ele recai sobre todos e quaisquer bens móveis destinados à atividade empresarial, estejam os bens instalados e em funcionamento ou não. O rol do art. 1.447 é meramente exemplificativo.

As mercadorias depositadas em armazéns gerais podem ser objeto de penhor mediante o endosso do título emitido, no qual se declare a importância do crédito garantido, as condições da operação e a data de vencimento.

As coisas empenhadas continuam em poder do devedor, que responde por sua guarda e conservação (parágrafo único do art. 1.431 do CC).

c. Penhor de direitos e títulos de crédito: trata-se do penhor do crédito em si. Ele deve ser constituído mediante instrumento público ou particular registrado no Registro de Títulos e Documentos, nos termos do art. 1.452 do CC. O penhor de crédito não tem eficácia senão quando o devedor for notificado (art. 1.453 do CC). Constitui prerrogativa assegurada ao credor exigir a entrega dos documentos que comprovem a existência do direito de crédito. É bom observar que o título de crédito deve ser entregue ao credor pignoratício, uma vez que o referido art. 1.458 exige tradição.
d. Penhor de veículos: pode ter como objeto veículo individualizado ou de frota. Dispõe o art. 1.462 que essa modalidade se constitui "mediante instrumento público ou particular, registrado no Cartório de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, e anotado no certificado de propriedade".

O devedor não pode promover a alienação ou mudança do veículo, sob pena de vencimento antecipado do crédito pignoratício (art. 1.465 do CC).

A posse direta do veículo permanece com o devedor empenhante (art. 1.431 do CC).

e. Penhor legal: são hipóteses descritas na lei desta garantia às pessoas indicadas no art. 1.467, a saber:
   - os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas

casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito;

- o dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guarnecendo o mesmo prédio, pelos aluguéis ou rendas.

As principais hipóteses de extinção do penhor estão elencadas no art. 1.436. Extinto o penhor por qualquer das causas mencionadas, o credor deverá restituir o objeto empenhado. Vale ressaltar que a extinção somente produzirá efeitos depois de averbado o cancelamento do registro (art. 1.437 do CC).

5.10.4 Da anticrese

É direito real de garantia que o credor receba a posse de coisa frigífera, ficando autorizado a lhe perceber os frutos e imputá-los no pagamento da dívida. Uma vez registrada, adere à coisa, acompanhando-a em caso de transmissão por ato intervivos ou *mortis causa*. Desse modo, o credor pode opor seu direito ao adquirente do imóvel dado em garantia.

5.10.5 Da alienação fiduciária

A alienação fiduciária em garantia de imóveis, regulada pela Lei n. 9.514/97, é negócio jurídico pelo qual o devedor, fiduciante, com a finalidade de garantir o cumprimento de uma obrigação, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel e a posse indireta da coisa imóvel, permanecendo o fiduciante com a posse direta.

Assim, alguém, querendo adquirir imóvel em construção ou construído, mediante financiamento de entidade autorizada, realizará contrato pelo qual transferirá a propriedade a esta entidade, a qual ficará obrigada a devolvê-la, uma vez paga a dívida, daí constituir-se em propriedade resolúvel, para o fiduciário ou credor.

O contrato de alienação será necessariamente registrado no Registro de Imóveis, com os requisitos previstos no art. 24 da Lei n. 9.514/97.

Com o pagamento da dívida e seus encargos, extingue-se a propriedade fiduciária do imóvel, retornando o bem à plena propriedade do fiduciante. O fiduciário é obrigado a entregar ao fiduciante, no prazo de 30 dias a contar da liquidação da dívida, termo de quitação, sob pena de multa em favor deste, equivalente a 0,5% ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato. O termo de quitação será levado a registro, para o cancelamento da propriedade fiduciária.

O fiduciante poderá, com a anuência do fiduciário, transferir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações.

5.11 Das concessões

A Lei n. 11.481/2007 introduziu dois novos direitos reais no Código Civil brasileiro, a saber: a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso.

Não se trata propriamente de um direito real novo. Desde a edição da Medida Provisória n. 2.220, de 4.9.2001, editada como diploma substitutivo ao veto dos arts. 15 a 20 do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), a concessão de uso especial para fins de moradia compõe o rol dos direitos reais.

Ocorre que a Lei n. 11.481/2007, responsável pela introdução do instituto no Código Civil, pouco, ou melhor, praticamente nada acrescentou sobre o instituto, o qual continua submetido ao conteúdo e aos contornos normativos da Medida Provisória n. 2.220/2001. Isso porque não foi inserido no Código Civil, ao contrário dos demais direitos reais, um título específico sobre esse direito.

Pela Medida Provisória n. 2.220/2001, o direito à concessão de uso especial para fins de moradia só será outorgado àquele "que,

até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinqüenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural" (art. 1º).

A concessão exige praticamente os mesmos requisitos da usucapião urbana prevista no art. 183 da Constituição Federal e no art. 1.240 do Código Civil. Ocorre que a concessão, ao contrário da usucapião, nada mais é do que contrato administrativo pelo qual a Administração faculta ao particular a utilização privativa de bem público, para que a exerça conforme a sua destinação. O que era faculdade, porém, passa a ser direito do possuidor, e a Administração não pode recusar o contrato.

O art. 5º da Medida Provisória estabelece que: "É facultado ao Poder Público assegurar o exercício do direito de que tratam os arts. 1º e 2º em outro local na hipótese de ocupação de imóvel:

I – de uso comum do povo;

II – destinado a projeto de urbanização;

III – de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais;

IV – reservado à construção de represas e obras congêneres; ou

V – situado em via de comunicação."

Há, como se vê, tentativa de trazer esta camada desfavorecida da população ao mundo legalizado, buscando outorgar-lhe títulos de direito real, inclusive dispondo, no art. 7º da Medida Provisória n. 2.220/2001, que: "O direito de concessão de uso especial para fins de moradia é transferível por ato intervivos ou *causa mortis*". O direito de concessão de uso especial para fins de moradia pode ser reconhecido por ato administrativo ou por decisão judicial e tem publicidade, de caráter declaratório, com o registro no Registro Predial (art. 167, I, n. 37, da Lei n. 6.015/73).

Questões

1. (OAB/CESPE-UnB – 2007.2) Tendo em vista o que dispõe o Código Civil a respeito de posse, julgue os itens seguintes:

   I – Dá-se o constituto possessório quando o possuidor transfere a posse a outrem, mas mantém-se como detentor direto da coisa

   II – Constitui efeito da posse a autodefesa do possuidor no caso de turbação ou esbulho

   III – O possuidor de má-fé deve indenizar o reivindicante pelos prejuízos decorrentes de perda ou deterioração do bem, ainda que acidentais, salvo se provar que a perda ou deterioração ocorreria de qualquer modo, mesmo que estivesse o bem em poder do reivindicante

   IV – É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.

   Assinale a opção correta:

   (A) apenas os itens I e II estão certos.
   (B) apenas os itens I e III estão certos.
   (C) apenas os itens II e IV estão certos.
   (D) todos os itens estão certos.

2. OAB/SC – 2007.2) Assinale a alternativa incorreta:

   (A) não induzem posse os atos de mera tolerância.
   (B) considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas
   (C) a posse transmite-se aos herdeiros ou legatários do possuidor com os mesmos caracteres
   (D) o possuidor de má-fé tem direito, enquanto durar a posse. aos frutos percebidos

3. (OAB/DF – 2005.2) Sobre direito das coisas:

(A) o vetusto instituto da anticrese não foi acolhido no novo Código Civil brasileiro.
(B) o possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.
(C) a posse pode ser adquirida por terceiros sem mandato, dependendo de ratificação.
(D) o novo Código Civil brasileiro consagra a superfície entre os direitos reais; em contrapartida, deixa de regular o instituto da enfiteuse.

4. (OAB/RJ – 32º) Em relação aos direitos reais, no direito brasileiro, assinale a opção correta:
(A) estão previstos na lei em caráter exaustivo.
(B) podem ser criados livremente pela vontade das partes.
(C) sua constituição nunca depende de registro do título.
(D) têm eficácia idêntica aos direitos de crédito.

5. (OAB/MG – 2005.1) No sistema do Código Civil brasileiro, não é direito real:
(A) a servidão.
(B) o condomínio.
(C) a propriedade.
(D) o penhor.

6. OAB/CESPE-UnB – 2006.3) Quanto à posse e à propriedade, assinale a opção correta:
(A) ao possuidor de má-fé são assegurados os interditos possessórios, bem como o direito de retenção do bem possuído até a completa indenização pelo proprietário das benfeitorias necessárias e das úteis feitas na coisa possuída.
(B) adquire-se a propriedade de bem móvel ou imóvel pela tradição da coisa negociada pelas partes, exigindo-se, para a validade dessa aquisição, que a coisa seja de propriedade do vendedor ou de terceiro por ele representado.
(C) acessão natural é o direito em razão do qual o proprietário de um bem passa a adquirir a propriedade de tudo aquilo que nele adere. Por se

tratar de modo originário de aquisição, não há transmissão e, para todos os efeitos, o histórico da propriedade inicia-se com o adquirente; portanto, esse fato jurídico não é gerador do imposto de transmissão.
(D) na aquisição derivada da propriedade por *causa mortis*, seja bem móvel ou imóvel, a título singular ou universal, ocorre a transferência da integralidade do patrimônio que pertencia à pessoa falecida, assumindo o sucessor todas as obrigações e as dívidas pessoais do *de cujus*.

7. (OAB/MG – 2005.1) Quando houver acréscimo de terras às margens de um rio, mediante desvio das águas, importando em aquisição da propriedade, por parte do dono do terreno marginal, sem indenização, configura-se:
(A) aluvião imprópria.
(B) avulsão.
(C) aluvião.
(D) acessão por abandono de álveo.

8. (OAB/SP – 128º) Sobre os direitos reais, é correto afirmar:
(A) o bem móvel não pode ser adquirido mediante usucapião.
(B) aluvião, avulsão e álveo abandonado são formas de aquisição de propriedade móvel.
(C) o prazo mínimo para usucapião de bem imóvel é de 15 anos.
(D) o devedor hipotecário pode alienar o imóvel hipotecado sem consentimento do seu credor.

9. (OAB/CESPE-UnB – 2007.1) Assinale a opção correta acerca do direito das obrigações e do direito das coisas:
(A) *mora accipiendi* é a mora do devedor de obrigação líquida, certa e exigível.
(B) nas obrigações provenientes de ato ilícito, em sede de ação reparatória ou indenizatória, contam-se os juros moratórios a partir da citação.
(C) juros remuneratórios ou compensatórios são devidos pelo atraso no cumprimento da prestação por parte do devedor.
(D) a aluvião é forma de aquisição da propriedade por acessão decorrente de fenômenos naturais. Será própria quando os acréscimos

se formarem pelos depósitos ou aterros naturais nos terrenos marginais do rio. De outra parte, será imprópria se o acréscimo se formar pelo afastamento das águas que descobrem parte do álveo. Aquele que se beneficia pela aluvião não tem de pagar indenização.

10. (OAB/SC – 2007.2) Assinale a alternativa incorreta:
   (A) o proprietário de nascente, satisfeitas as necessidades de seu consumo, não pode impedir o curso natural das águas remanescentes pelos prédios inferiores
   (B) as raízes que ultrapassarem a estrema do prédio poderão ser cortadas até o plano vertical divisório pelo proprietário do terreno invadido.
   (C) os frutos caídos de árvore em terreno vizinho pertencem ao dono do solo onde caíram, se este for de propriedade particular.
   (D) o proprietário de imóvel jamais será obrigado a tolerar a passagem de tubulações por seu imóvel.

11. (OAB/SP – 128°) Sobre a servidão, é incorreto afirmar:
   (A) pode ser constituída mediante testamento.
   (B) pode surgir mediante usucapião.
   (C) a servidão de trânsito é obrigatória quando favorecer prédio encravado que não tenha saída para a via pública.
   (D) extingue-se pela reunião do prédio serviente e do prédio dominante no domínio da mesma pessoa.

12. (OAB/RJ – 31°) Podem ser objeto de hipoteca:
   (A) os monumentos arqueológicos
   (B) os terrenos de marinha.
   (C) ações, debêntures e títulos de crédito ao portador
   (D) o domínio útil sobre determinado bem.

13. (OAB/CESPE-UnB – 2006.3) Quanto à usucapião, assinale a opção correta:
   (A) caso uma pessoa exerça com ânimo de dono a posse mansa, pacífica e ininterrupta do imóvel há 11 anos, adquirirá a sua propriedade por meio da usucapião extraordinária.

   (B) usucapião é modo originário de aquisição da propriedade e ocorre quando uma pessoa mantém a posse mansa e pacífica, por determinado espaço de tempo, de um bem, gerando, assim, a chamada prescrição aquisitiva, que lhe permite buscar, por meio de uma ação judicial, a declaração de seu domínio sobre aquele bem
   (C) a usucapião especial de imóvel localizado em área urbana possui, como um dos requisitos, o justo título, assim considerado o documento hábil à aquisição do domínio e a boa-fé, isto é, o desconhecimento do vício que lhe impede a aquisição do bem.
   (D) na usucapião rural, o possuidor deve ser pessoa física ou jurídica que houver estabelecido no imóvel sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo, ou seja, que retire da terra a sua subsistência ou que torne a terra produtiva com atividade agrícola, extrativa ou agroindustrial.

14. (OAB/SP – 131°) Sobre o usufruto, é errado afirmar que:
   (A) a lei considera que o direito de usufruto sobre um terreno é um bem imóvel
   (B) falecendo o usufrutuário, o direito de usufruto transmite-se aos seus herdeiros
   (C) falecendo o nu-proprietário, seu direito transmite-se aos seus herdeiros.
   (D) o direito de usufruto não pode ser alienado.

15. (OAB/SP – 130°) Sobre o penhor, é errado afirmar que:
   (A) implica sempre a transferência da posse ao credor, da coisa dada em garantia.
   (B) se extingue com o perecimento da coisa dada em garantia.
   (C) o pagamento de uma das prestações não implica exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens.
   (D) o condômino pode dar em garantia sua parte ideal da coisa, independentemente da autorização dos demais.

Gabarito

1. D
2. D
3. D
4. A
5. B
6. C
7. C
8. D
9. D
10. D
11. C
12. D
13. B
14. B
15. A

6

Direito de Família

Brunno Pandori Giancoli

A família é a base da sociedade e possui especial proteção do Estado (art. 226 da CF). No dizer de Maria Berenice Dias (2007, p. 28), a "família é o primeiro agente socializador do ser humano. De muito deixou de ser uma célula do Estado, e é hoje encarada como uma célula da sociedade".

A Constituição Federal prevê expressamente três espécies de entidades familiares, a saber: o casamento, a união estável e as famílias monoparentais. Porém, este rol não é taxativo, daí por que a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido a existência de outras entidades não previstas expressamente no texto constitucional. Nesta tendência, tem-se reconhecido *status* familiar às parcerias homoafetivas, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).

6.1 Famílias monoparentais

Entende-se por família monoparental a entidade formada por um genitor com seus filhos. Nesta espécie familiar, somente um dos pais exerce a titularidade familiar.

A jurisprudência passou a reconhecer as famílias monoparentais como merecedoras das benesses da impenhorabilidade do bem de família.

6.2 Casamento

6.2.1 Conceito de casamento

Casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que se unem material e espiritualmente para constituírem uma família. Estes são os elementos básicos, fundamentais e lapidares do casamento.

Trata-se de uma entidade familiar com proteção e *status* constitucional (art. 226 da CF).

6.2.2 Casamento religioso com efeitos civis

O casamento religioso equipara-se ao civil. O legislador, no art. 1.515 do Código Civil, explicita os modos pelos quais se alcançam os efeitos civis:

a. **Habilitação prévia:** os nubentes apresentam-se ao oficial do registro civil e habilitam-se ao ato posterior. Encerrado o procedimento de habilitação (em um prazo de 90 dias), é extraída uma "sentença", resultando em uma certidão a ser apresentada ao ministro religioso. A habilitação aqui descrita é a mesma exigida para o casamento civil e o procedimento visa declarar e certificar que os interessados não possuem impedimentos, estando aptos para o casamento.
b. Habilitação posterior: nesse caso, primeiro é realizada a cerimônia religiosa com posterior competente habilitação e, por fim, a inscrição do casamento no registro público. O registro funciona como uma espécie de convalidação.

6.2.3 Natureza jurídica do casamento

O casamento seria um instituto de natureza híbrida: contrato na formação; instituição (estatuto imperativo pré-organizado) no conteúdo. Na realidade, trata-se de uma instituição em que os cônjuges ingressam pela manifestação de sua vontade, feita de acordo com a lei.

6.2.4 Finalidades do casamento

a. Intenção de viverem juntos: é a chamada *affectio maritalis*, que consiste no elemento decisivo na indissolubilidade do vínculo.
b. Amor: que independe de mera atração sexual e encontra sua manifestação mais veemente na afeição, solidariedade, cumplicidade, atração mútua e afinidades pessoais.
c. Companheirismo: calcado em um projeto comum, capaz de atender e satisfazer aos ideais e interesses de ambos os cônjuges.

6.2.5 Princípios do casamento

a. Liberdade de união: o casamento só se justifica e se legitima quando decorre da livre manifestação de vontade dos parceiros.
b. Monogamia: decorre da mais tradicional e inquebrável postura do mundo ocidental; quem é casado está proibido de contrair novas núpcias (art. 1.521, VI, do CC).
c. Comunhão de vida: os nubentes comungam os mesmos ideais, renunciando aos instintos egoístas e personalistas, em função de um bem maior que é a família.

6.2.6 Pressupostos de existência jurídica do casamento

a. Diversidade de sexo: nesse sentido a lei é clara e não abre espaço a qualquer exegese extensiva (art. 1.517). As parcerias homoafetivas têm relevância jurídica e hoje são consideradas espécies de entidade familiar, mas não modalidade de casamento.

b. **Consentimento:** a falta de consentimento torna inexistente o casamento.

c. **Celebração por autoridade competente:** inexiste casamento se o consentimento é manifestado perante quem não tem competência para celebrar o ato matrimonial. Casamento celebrado perante autoridade incompetente (prefeito municipal ou delegado de polícia) não é nulo, mas simplesmente inexistente.

6.2.7 Pressupostos de validade

a. **Puberdade:** no art. 1.517, o legislador fixou idade núbil aos 16 anos, independentemente do sexo do nubente. Todavia, a capacidade matrimonial não se confunde com a capacidade civil (18 anos). Desse modo, se um ou ambos os pretendentes não tiverem atingido a maioridade civil, será necessária a autorização dos pais ou dos seus representantes legais para a celebração do ato. Havendo divergência entre os pais, o interessado poderá obter, do juiz, o suprimento judicial correspondente (parágrafo único do art. 1.517, c/c o art. 1.519, ambos do CC).
   A regra do art. 1.517 comporta, porém, uma exceção: admissibilidade do casamento para evitar cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez (art. 1.520).

b. **Potência:** é a aptidão para conjunção carnal. Fora as exceções legais (casamento de anciãos e casamento *in extremis* – art. 1.540), os nubentes devem ter aptidão para a vida sexual. Dois são os tipos de impotência que interessam ao direito matrimonial:

   - *Impotentia coeundi* (de concepção ou de cópula): pode gerar a anulação do casamento, desde que interesse a um dos cônjuges anulá-lo (art. 1.557, III).
   - *Impotentia generandi* (de gerar, ou de procriar): não justifica a anulação do casamento, confirmando-se a idéia de que a prole não é finalidade do casamento.

c. **Sanidade:** o Código Civil não previu a sanidade dos nubentes como condição necessária à validade do casamento. O exame

pré-nupcial não é obrigatório, salvo no caso de casamento de colaterais de 3º grau (tios e sobrinhos), conforme disposto no Decreto-Lei n. 3.200/41.

6.2.8 Pressupostos de regularidade

São os que se referem às formalidades do casamento, que é ato jurídico eminentemente formal. A lei soleniza-o, prescrevendo formalidades de observância obrigatória para a sua regularidade.

a. **Formalidades preliminares:** são as que antecedem o casamento. Elas são de três ordens: habilitação (arts. 1.525 e 1.526) nesta fase ocorre a apreciação dos documentos, a apuração da capacidade dos nubentes e a inexistência dos impedimentos matrimoniais; publicação dos editais (art. 1.527) a dispensa dos editais é possível nas seguintes hipóteses: se ficar comprovada a urgência (grave enfermidade, parto eminente, viagem inadiável) e também no caso de casamento nuncupativo; e emissão do certificado da habilitação (arts. 1.533 a 1.538) o oficial extrairá o certificado de habilitação durando, a eficácia da habilitação, por 90 dias.

b. **Formalidades concomitantes:** são as que acompanham a cerimônia e vêm detalhadamente previstas nos arts. 1.533 a 1.538. Importante notar que sua inobservância determina a nulidade do ato.

6.2.9 Dos impedimentos matrimoniais

São as circunstâncias que impossibilitam a realização de determinado casamento; em outras palavras, é a ausência de requisito ou ausência de qualidade que a lei articulou entre as condições que invalidam ou apenas proíbem a união civil.

Desde já é importante observar a diferença entre incapacidade e impedimento matrimonial. A incapacidade é geral, a pessoa considerada incapaz não pode se casar com quem quer que seja (ex.: pessoa casada). O impedimento matrimonial é relativo, isto

é, a pessoa considerada impedida não pode se casar com determinada pessoa (ex.: não podem se casar os irmãos – art. 1.521, IV).

Os impedimentos são classificados da seguinte forma:

a. **Impedimentos dirimentes públicos (ou absolutos):** são examinados nos incs. I a VII do art. 1.521. Considerando o interesse público neles estampados, podem ser argüidos por qualquer interessado e pelo Ministério Público. Estes impedimentos dividem-se em três categorias: impedimentos resultantes do parentesco (art. 1.521, I a V); impedimentos resultantes de vínculo (art. 1.521, VI); e impedimentos resultantes de crime (art. 1.521, VII). Acarretam, como efeito, a nulidade do casamento.
b. **Impedimentos dirimentes relativos:** passaram a ser as causas de anulabilidade do casamento (art. 1.550). Podem demandar a anulação: o cônjuge prejudicado, representantes legais ou ascendentes. Mas, se os cônjuges (ou interessados na anulabilidade) silenciarem, o casamento se convalida do vício originário.
c. **Impedimentos impedientes (ou proibitivos):** no atual Código Civil, passam a ser, agora, causas suspensivas (art. 1.523, I a IV); a infração destas causas não gera nem nulidade nem anulação, mas tão-somente uma sanção (imposição do regime obrigatório da separação de bens). As disposições constantes nos incs. I a IV do art. 1.523 têm por escopo a proteção da prole anterior, evitar a confusão de consangüinidade (*turbatio sanguinis*), a confusão de patrimônios e a proteção do nubente por influência dos representantes legais. Acarretam como efeito mera sanção.

6.2.10 Celebração do casamento

Dada a importância de que se reveste o casamento, tanto na ordem pública como na ordem privada, o legislador reveste-o de toda a solenidade possível. É o que se depreende da leitura dos arts. 1.533 a 1.538.

a. **Casamento por procuração:** a lei permite a celebração do ato por procuração cuja eficácia não ultrapassará 90 dias, desde que o nubente impossibilitado outorgue poderes especiais a alguém para comparecer em seu lugar e receber, em seu nome, o outro consorte. Hoje, em decorrência de disposição legal expressa (art. 1.542), é imprescindível a escritura pública para a sua validade. Esta procuração é um ato eminentemente revogável até o momento da celebração do casamento.
b. **Casamento perante autoridade diplomática ou consular:** dispõe o art. 7º, § 2º, da LICC: "O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes".
c. **No caso de um dos nubentes ser brasileiro e o outro estrangeiro,** cessa a competência da autoridade consular. Se o casamento for realizado no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos e às formalidades do casamento (art. 7º, § 1º, da LICC).
d. **Casamento nuncupativo:** também chamado *in extremis vitae momentis*, ou *in articulo mortis*, é forma especial de celebração de casamento, prevista pelo Código Civil, quando um dos contraentes se encontra em iminente perigo de vida, não havendo assim tempo para a celebração do casamento com todo o formalismo previsto na lei civil.

O art. 1.540 do Código Civil permite que o oficial do Registro Civil, mediante despacho da autoridade competente, à vista dos documentos exigidos no art. 1.525 e independentemente de edital de proclamas, dê a certidão de habilitação, dispensando o processo regular. Mas a lei chega mesmo a permitir a dispensa da autoridade competente se os contraentes não lograrem obter sua presença. Neste caso, os nubentes figurarão como celebrantes e realizarão oralmente o casamento, perante seis testemunhas, que não tenham parentesco em linha reta, ou na colateral, até o segundo grau.

6.2.11 Das provas do casamento

O casamento realizado no Brasil, conforme dispõe o art. 1.543, prova-se pela certidão do registro, feito ao tempo de sua celebração. A prova supletória só se torna admissível quando, preliminarmente, justifica-se a falta ou a perda do registro (ex.: passaporte, depoimento de testemunhas, certidão de proclamas etc.).

O Código Civil admite uma prova indireta: a posse do estado de casados, que nada mais é do que a situação de duas pessoas que sempre se comportaram, privada e publicamente, como marido e mulher e que, para a comunidade, encontram-se no gozo recíproco da situação de esposos. Segundo a disposição legal, a concessão feita pelo art. 1.545 fica subordinada a quatro pressupostos:

a. que ambos os pais tenham falecido;
b. que ambos os pais tenham vivido naquele estado;
c. que a prole comum prove que o é;
d. que não se apresente certidão do registro civil provando a ocorrência de casamento.

A regra do *in dúbio pro matrimonio* (art. 1.547 do CC) é utilizada quando há dúvida sobre a prova do casamento, ou seja, quando há dúvida quanto à existência do ato constitutivo do vínculo conjugal, o julgador deve se inclinar pela sua existência.

O art. 1.546 prevê a retroatividade dos efeitos do registro da sentença que reconhece o casamento à data de sua celebração. O artigo consagra os efeitos da retroação sentencial, chancelando a dimensão do afeto em detrimento do puro formalismo.

O casamento celebrado no exterior é válido no Brasil, desde que registrado, quando do retorno dos nubentes ao País. Em assim sendo, a validade do casamento celebrado no estrangeiro, no consulado brasileiro, está submetida ao requisito de que ambos os nubentes sejam brasileiros. A eficácia do ato, no Brasil, está submetida à condição suspensiva, qual seja, a realização de seu registro em território nacional. Após o retorno dos brasileiros ao território nacional, deverá ser registrado em 180 dias, a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges.

6.2.12 Da eficácia do casamento

Pelo art. 1.565 do Código Civil, homem e mulher, em absoluta igualdade de direitos e deveres, pelo casamento, assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. Instaura-se o regime da co-gestão na sociedade familiar. E para reafirmar a recepção do princípio constitucional da igualdade, o legislador estatui, no § 1º do citado artigo, que qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer, ao seu, o sobrenome do outro.

Os efeitos que produz o casamento podem ser encarados como restrições que cada um dos cônjuges impôs voluntariamente à sua liberdade pessoal e que, uma vez assumidas, devem ser respeitadas enquanto durar a união, os quais dão origem aos chamados deveres conjugais. São eles (art. 1.566 do CC):

a. **Fidelidade recíproca:** a jurisprudência e a doutrina sempre encararam essa questão como o dever de abster-se cada consorte de praticar relações sexuais com terceiro, sob pena de adultério.
b. **Vida em comum no domicílio conjugal:** na convivência sob o mesmo teto (domicílio conjugal), ou na mesma casa, é que se estabelece o convívio sexual. Afora as hipóteses de recusa legítima ou justa, o dever de coabitação no domicílio conjugal é indeclinável. O dever de convivência sexual não é da essência do casamento nos casos de casamento *in extremis*, bem como nos casos de consortes separados em razão de doença ou de profissão.
c. **Mútua assistência:** a palavra assistência (apoio, socorro) não pode ser tomada em um sentido amplo, ou seja, que englobe tanto o aspecto material (econômico), como o moral (apoio, desvelo, próprios do companheirismo).
d. **Sustento, guarda e educação dos filhos:** a infração deste dever, relativamente aos filhos menores e não emancipados, acarreta a suspensão ou destituição do poder parental (art. 1.638, II).
e. **Respeito e consideração mútuos:** o desaparecimento do respeito e da consideração mútuos é prova evidente que a união conjugal se encontra fragilizada.

6.2.13 Da invalidade do casamento

a. Casamento inexistente: o casamento é inexistente quando lhe faltam um ou mais elementos essenciais à sua formação. O ato, não adquirindo existência, nenhum efeito pode produzir.
b. Casamento nulo: segundo o disposto no art. 1.548, nulo é o casamento contraído pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil (por não estar em seu juízo perfeito) e por infringência de impedimentos (previstos no art. 1.521, I a VII, do CC). A decretação da nulidade pode ser promovida pelo Ministério Público ou por qualquer interessado (art. 1.549). A sentença de nulidade do casamento tem caráter declaratório, uma vez que reconhece apenas o fato que o invalida, produzindo efeitos *ex tunc* (art. 1.563).
c. Casamento anulável: o art. 1.550 trata dos casos de casamento anulável que substituem, em linhas gerais, os outrora denominados impedimentos dirimentes relativos. Seis são as hipóteses legais de anulação do casamento. Não existem outras; logo, trata-se de uma enumeração taxativa e não exemplificativa. São elas:

1) Quem não completou a idade mínima para casar (a regra comporta as exceções dos arts. 1.520 e 1.551).
2) O menor em idade núbil, não autorizado pelo seu representante legal: mas, depois de atingi-la, poderá confirmar seu casamento, com a autorização de seus representantes legais, ou com suprimento judicial (art. 1.533).
3) A ocorrência de vício de vontade: nos arts. 1.556 e 1.557, o legislador trata da complexa matéria da ocorrência de erro essencial de um dos nubentes quanto à pessoa do outro. Em seguida, arrola as hipóteses caracterizadoras daquele erro. São elas:
   a) o que diz respeito à sua identidade, honra e boa fama;
   b) a ignorância de crime anterior ao casamento;

   c) a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou herança;
   d) a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave.

Com efeito, para que o erro essencial quanto à pessoa do outro nubente seja causa de anulabilidade do casamento, é preciso a ocorrência de três pressupostos:

a. anterioridade do defeito do casamento;
b. desconhecimento do defeito pelo cônjuge enganado;
c. insuportabilidade da vida em comum.

4) O incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, seu consentimento: os surdos-mudos sem educação adequada que lhes possibilite manifestar sua vontade não podem se casar; de igual modo, a pessoa portadora de enfermidade mental ou física e o toxicômano não podem se casar.
5) Pelo mandatário, sem que ele ou outro contratante soubesse da revogação do mandato, não sobrevindo coabitação entre os cônjuges.
6) Por incompetência da autoridade celebrante: o legislador está aqui se referindo à incompetência *ratione loci* (em razão do lugar da celebração), ou, então, *ratione personarum* (em razão das pessoas dos nubentes, quanto a seus domicílios). A incompetência *ratione materiae*, conforme vimos, gera inexistência do casamento, salvo na hipótese do art. 1.554.

6.2.14 Casamento putativo

Diz-se putativo o casamento que, embora nulo, ou anulável, foi contraído de boa-fé, por um só ou por ambos os cônjuges, reconhecendo-lhe efeitos a ordem jurídica. O termo vem do latim, *putare*, que significa "imaginar". Atendendo à boa-fé e ao princípio da eqüidade, o ordenamento jurídico reconhece ao casamento nulo, ou anulável, todos os efeitos – aos filhos e ao cônjuge de boa-fé – do casamento válido.

Declarado putativo, o casamento ganha validade e produz todos os efeitos que produziria o casamento válido, até a data da sentença que o invalidou. A putatividade pode ocorrer na própria ação anulatória ou em processo autônomo promovido pelo(s) cônjuge(s) enganado(s), pelos filhos ou por terceiros que tenham interesse na declaração, se a sentença foi omissa a esse respeito.

6.2.15 Dissolução judicial do casamento

Segundo o disposto no art. 1.571 do Código Civil, a sociedade conjugal termina: pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial ou pelo divórcio.

Toda separação judicial depende da homologação para surtir efeitos. Entre suas principais características, temos:

a. A ação de separação judicial é personalíssima (art. 1.576, parágrafo único), mas, em caso de incapacidade, a lei admite a propositura da ação por curador, ascendente ou irmão. No mesmo sentido, em relação ao divórcio (art. 1.582, parágrafo único).
b. Enquanto perdura o processo judicial de separação, perduram as obrigações decorrentes do casamento (art. 1.576).

As três espécies de separação litigiosa, constantes na Lei do Divórcio, permanecem presentes no novo Código Civil:

a. **Separação litigiosa como sanção:** ocorre quando um dos cônjuges imputar, ao outro, conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres conjugais. Anteriormente prevista no art. 5º da Lei do Divórcio, ressurge, agora, no art. 1.572, que se refere à grave violação dos deveres do casamento e à insuportabilidade da vida em comum (os deveres conjugais são aqueles arrolados no atual art. 1.566 do CC).
b. **Separação litigiosa como falência:** ocorre quando qualquer dos cônjuges prova a ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo e a impossibilidade de sua reconstituição (art. 1.572, § 1º).

c. **Separação litigiosa como remédio:** ocorre quando um dos cônjuges está acometido de grave doença mental de cura improvável (art. 1.572, §§ 2º e 3º). O prazo de duração da doença para a obtenção da separação que, na lei divorcista, era de cinco anos, passa, agora, a ser de dois anos.

O art. 1.574 trata da separação judicial consensual, exigindo prazo mínimo de casamento de um ano. O consentimento é suficiente para determinar a validade da decisão. O processo é disciplinado pelo art. 34 da Lei n. 6.515/77 e pelos arts. 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil. O lapso temporal é um requisito objetivo e comprova-se pela certidão. Há decisões que aceitam justificação para comprovar a existência do casamento, na ausência do registro.

No art. 1.576, estabelece-se que a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca; a mútua assistência mantém-se na forma de alimentos e, em havendo filhos, o dever de sustento, guarda e educação, até a maioridade.

O art. 1.575 dispõe sobre a separação de corpos e a partilha de bens. A separação de corpos, na hipótese de cautelar preparatória, pode confirmar a medida deferida liminarmente no processo cautelar. É dado importante na matéria da dissolução da sociedade conjugal porque, se foi deferida a medida cautelar de separação de corpos, o prazo para conversão em divórcio é contado da data da concessão daquela medida e não do decreto da separação judicial.

Quanto à partilha de bens, poderá ser feita mediante proposta dos cônjuges e homologada pelo juiz, quando a separação é consensual. Em se tratando de separação litigiosa, será pelo juiz decidida, em face da indecisão ou irredutibilidade dos cônjuges. Mas, como a lei deixa claro, é efeito fundamental da separação. Importante notar o disposto no art. 1.581, que, em manifesta incoerência e quebra de sistema, permite a concessão do divórcio sem que haja partilha de bens.

O art. 1.580, além de reafirmar as duas hipóteses de divórcio (direto ou via conversão), refere-se aos prazos da ruptura da sociedade conjugal.

O divórcio indireto (ou via conversão) dá-se quando do transcurso do lapso temporal de um ano do trânsito em julgado da sentença de separação, ou da concessão da medida cautelar de separação de corpos. No caso de conversão em divórcio da separação judicial, não constará referência à causa que a determinou.

O divórcio direto poderá ser requerido por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

6.2.16 Efeitos da separação e do divórcio

Os efeitos da separação judicial atingem tanto a pessoa dos cônjuges quanto o seu patrimônio, por isso se fala em efeitos pessoais e efeitos patrimoniais.

Efeitos pessoais:

a. põe termo aos deveres recíprocos do casamento;
b. impede a mulher de continuar a usar o nome do marido (regra geral). O cônjuge "culpado" perde o direito de usar o sobrenome do outro, pena que se concretizará se não ocorrer alguma das hipóteses previstas no art. 1.578:
   I – evidente prejuízo para sua identificação;
   II – manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;
   III – dano grave reconhecido na decisão judicial;
c. impossibilita a realização de novas núpcias;
d. autoriza a conversão em divórcio, cumprido o prazo de um ano de vigência da separação.

Efeitos patrimoniais

a. põe fim ao regime matrimonial de bens;
b. substitui o dever de sustento pela obrigação alimentar;
c. extingue o direito sucessório entre os cônjuges;
d. pode dar origem à indenização por perdas e danos se ocorrerem prejuízos morais ou patrimoniais.

A sentença de divórcio produz os seguintes efeitos:

a. dissolve definitivamente o vínculo matrimonial;
b. põe fim aos deveres conjugais;
c. extingue o regime matrimonial;
d. faz cessar o direito sucessório;
e. não admite reconciliação entre os cônjuges;
f. possibilita novo casamento aos divorciados;
g. mantém inalterados os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

6.2.17 Dissolução extrajudicial do casamento

O Código de Processo Civil admite a possibilidade de as separações e os divórcios consensuais, bem como os inventários e as partilhas, serem realizados extrajudicialmente por escritura pública (art. 1.124-A do CPC).

Para a separação, os cônjuges devem ser casados há mais de um ano. Já para o divórcio, é necessário que estejam separados de fato há mais de dois anos (divórcio extrajudicial direto). O procedimento extrajudicial é facultativo, não podendo o juiz recusar-se a homologar o pedido feito em sede judicial.

As partes precisam ser assistidas por advogado, podendo o mesmo profissional representar ambos os cônjuges. Da escritura devem constar estipulações quanto à pensão alimentícia, à partilha dos bens, à mantença do nome de casado ou ao retorno do nome de solteiro. Os cônjuges podem escolher livremente o Tabelionato, não havendo qualquer regra que fixe competência.

Não há necessidade do comparecimento dos cônjuges ao Cartório de Notas, não existindo mais a audiência conciliatória, que era indispensavelmente realizada pelo magistrado.

A manifestação de vontade declinada na escritura é irretratável, mas, como se trata de negócio jurídico, pode ser anulada por incapacidade ou por vício de consentimento.

6.2.18 Regime de bens entre os cônjuges

Regime de bens é, pois, o complexo de normas que disciplina as relações econômicas entre marido e mulher durante o casamento. Estas normas são de ordem pública e, portanto, inderrogáveis pelos cônjuges.

O art. 1.639 do Código Civil resgata o princípio da autonomia da vontade, em matéria de regime de bens, permitindo aos cônjuges estipular o que lhes aprouver. Na realidade, o legislador criou duas hipóteses de incidência de regras em matéria de regime de bens:

a. **os cônjuges escolhem o que lhes aprouver:** materializando sua escolha em documento próprio (pacto antenupcial – art. 1.640, c/c o art. 1.653);
b. **os cônjuges aderem ao regime legal:** sem convenção, aceitando em bloco o regime da comunhão parcial de bens (art. 1.640).

A liberdade dos cônjuges no exercício da escolha é total, mas a lei impõe a necessidade da convenção – pacto antenupcial – sempre que a opção exercida difere do padrão ofertado pela lei. Importante ressaltar que o regime de bens começa a vigorar desde a data do casamento, diz o § 1º do art. 1.639 do Código Civil. Todavia, esse regime é passível de modificação (art. 1.639, § 2º), mediante a ocorrência de três requisitos cumulativos:

a. a autorização judicial;
b. o pedido motivado de ambos os cônjuges;
c. a ressalva dos direitos de terceiros.

O pedido de alteração é dirigido ao juiz competente, em ação própria, que só o deferirá quando convicto da motivação relevante e do não prejuízo dos interesses de terceiros. O pedido motivado de ambos os cônjuges cerca o pedido de maior garantia; a falta de anuência de um não só compromete o deferimento, como também não poderá ser suprida pelo juiz.

Todavia, em se tratando de regime obrigatório de separação de bens (art. 1.641), não há que se invocar a revogabilidade estampada na nova lei, uma vez que a admissão daquela mudança

implicaria esvaziar o conteúdo da previsão legal. Se o legislador impõe a separação nas três hipóteses do art. 1.641, é porque, naquelas hipóteses específicas, desconheceu a aplicação do princípio da autonomia da vontade.

O pacto antenupcial é um ato jurídico pessoal, formal, sendo indispensável a escritura pública (art. 1.653), nominado, isto é, previsto em lei e legítimo (típico), pois os nubentes têm a sua autonomia limitada pela lei e não podem, conseqüentemente, estipular que o pacto produzirá efeitos diversos daqueles previstos pela norma jurídica.

Acrescenta o art. 1.653 que o pacto é nulo se não lhe seguir o casamento. Ou seja, o casamento é condição suspensiva necessária para que o pacto produza os seus reais efeitos. Logo, não realizado o casamento, o pacto torna-se ineficaz.

O pacto antenupcial só terá efeito perante terceiros – art. 1.657 – depois de registrado. Assim como o casamento é objeto de registro público, a lei também exige o registro do pacto antenupcial no Registro de Imóveis, para que produza os efeitos perante terceiros. A eficácia, a que se refere o texto legal, diz respeito tão-somente aos bens imóveis. O registro imobiliário competente é o do domicílio dos cônjuges, devendo os cônjuges levar ao registro imobiliário a escritura pública do pacto antenupcial e a certidão do casamento.

6.2.19 Regime da comunhão parcial de bens

Introduzido no Brasil pela Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77), alterou o então vigente art. 258 do Código Civil de 1916), para determinar que, não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, o regime da comunhão parcial.

O regime de comunhão parcial limita o patrimônio comum aos bens adquiridos na constância do casamento a título oneroso (ou seja, a ocorrência da sociedade conjugal não anula a individualidade e autonomia dos cônjuges em matéria patrimonial). Desse modo, o regime da comunhão parcial faz surgir três massas distintas de bens, quais sejam: os bens particulares do marido; os bens particulares da mulher; e os bens comuns do casal

No art. 1.659 do Código Civil, estão arrolados os bens que não entram na comunhão:

1. os bens que cada cônjuge possuir ao casar-se e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão e os sub-rogados em seu lugar;
2. os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares. O limite da sub-rogação é o valor do bem particular (adquirido antes do casamento, ou doado, ou herdado). Se o bem sub-rogado é mais valioso que o alienado, a diferença do valor, se não foi paga com recursos próprios e particulares do cônjuge, passa a ser comum a ambos os cônjuges;
3. as obrigações anteriores ao casamento – obrigações negociais;
4. as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
5. os bens de uso pessoal, os livros e os instrumentos de profissão;
6. os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
7. as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Os bens que participam da comunhão são aqueles descritos no art. 1.660 do Código Civil.

6.2.20 Regime da comunhão universal de bens

Segundo o art. 1.667 do Código Civil, o regime da comunhão universal importa na comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas. Todos os bens, diz a lei, logo, móveis e imóveis, direitos e ações, passam a constituir uma só massa, que permanece indivisível até a dissolução da sociedade conjugal.

Cada um dos cônjuges tem direito à metade ideal desta massa, por isso, diz-se que o cônjuge é "meeiro". Com a exclusão das exceções previstas no art. 1.668 e arroladas no art. 1.669, os patrimônios dos cônjuges se fundem em um só, passando marido e mulher a figurar como condôminos de um condomínio peculiar, pois que insuscetível de divisão antes da dissolução da sociedade conjugal.

6.2.21 Regime da participação final nos aqüestos

Na participação final nos aqüestos, há formação de massas de bens particulares incomunicáveis durante o casamento, mas que se tornam comuns no momento da sua dissolução.

Durante o casamento, como ocorre na separação de bens, cada um dos cônjuges goza de liberdade total na administração e na disposição dos seus bens, mas, ao mesmo tempo, associa cada cônjuge aos ganhos do outro, valor este a ser levantado na dissolução da sociedade conjugal, quando ressurge a idéia da comunhão.

O art. 1.673 delimita o que é patrimônio comum, dispondo, no seu parágrafo único, que a administração dos bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis. Vale ressaltar que, embora o parágrafo único do art. 1.673 só admita a alienação dos bens móveis, a possibilidade estende-se, igualmente, aos bens imóveis, desde que a hipótese tenha sido objeto de cláusula no pacto antenupcial (art. 1.656).

6.2.22 Regime da separação de bens

O regime de separação de bens é aquele em que cada cônjuge conserva o domínio e a administração de seus bens presentes e futuros, responsabilizando-se individualmente pelas dívidas anteriores e posteriores ao casamento.

O regime de separação é legal (quando decorre da lei) ou convencional (decorrente de convenção estabelecida em pacto antenupcial).

6.3 Parentesco

Toda pessoa se enquadra em uma família por quatro ordens de relações: o vínculo conjugal, o parentesco, a afinidade e o vínculo socioafetivo.

6.3.1 Espécies de parentesco

a. **Parentesco natural:** é o que se origina da consangüinidade.
b. **Parentesco civil:** é o decorrente da adoção, ou seja, o vínculo legal que se estabelece à semelhança da filiação consangüínea, mas independente dos laços de sangue. É por força de uma ficção legal que se estabelece este parentesco. Em decorrência do art. 227, § 6º, da Constituição Federal, no atual sistema codificado, o adotado tem os mesmos direitos do filho consangüíneo.
c. **Parentesco por afinidade:** inicialmente, vale ressaltar que o casamento não cria parentesco algum entre o homem e a mulher. Marido e mulher são, simplesmente, afins. Embora haja simetria com a contagem dos graus no parentesco, a afinidade não decorre da natureza, nem do sangue, mas tão-somente da lei.

A afinidade, assim como o parentesco por consangüinidade, comporta duas linhas: a reta e a colateral. São afins em linha reta ascendente: sogro, sogra, padrasto e madrasta (no mesmo grau que pai e mãe). São afins na linha reta descendente: genro, nora, enteado, enteada (no mesmo grau que filho e filha).

A afinidade na linha reta é sempre mantida (art. 1.595, § 2º); mas a afinidade colateral (ou cunhadio) extingue-se com o término do casamento. Em assim sendo, inexiste impedimento de o viúvo (ou divorciado) casar-se com a cunhada.

d. **Vínculo socioafetivo:** é a proposta inédita, não visualizada pelo Código Civil de 1916, e que ganha legítimo reconhecimento na singela fórmula do art. 1.593, quando se refere ao parentesco que resulta de outra origem.

6.3.2 Contagem do parentesco

O parentesco é contado por intermédio de linhas e graus.

Existem duas espécies de linhas: reta (quando as pessoas descendem umas das outras) e colateral ou transversal (quando as pessoas, entre si, não descendem uma das outras, embora procedendo de um tronco ancestral comum). Dispõe, com efeito, o

art. 1.592 do Código Civil: "São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra".

Os graus são o meio de que se dispõe para determinar a proximidade ou remoticidade do parentesco.

Dispõe a respeito o art. 1.594: "Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente".

6.3.3 Efeitos do parentesco

As relações de parentesco afetam os mais diversos campos do Direito, desde os impedimentos que se traduzem em inelegibilidade da constituição até os impedimentos para o casamento.

No processo civil, estão impedidos de depor, como testemunha, além do cônjuge da parte, seu ascendente ou descendente em qualquer grau, assim como o colateral até o terceiro grau, seja consangüíneo ou afim (art. 405, § 2º, I, do CPC).

No direito penal, há crimes cujo parentesco entre o agente causador e a vítima agrava à intensidade da pena.

No direito fiscal, o parentesco pode definir isenções, deduções ou o nível de tributação. No direito constitucional e no direito administrativo, há restrições de parentesco para ocupar certos cargos.

Segundo a **Resolução n. 07 do CNJ**, art. 2º, constituem prática de nepotismo, dentre outras:

"I – o exercício de cargo em provimento de comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados;

II – o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de ser-

vidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações;

III – o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

IV – a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

V – a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento.

(...)".

No direito de família, os efeitos do parentesco fazem-se sentir com mais intensidade ao estabelecer impedimentos para o casamento, o dever de prestar alimentos, de servir como tutor etc.

No direito sucessório, o parentesco estabelece as classes de herdeiros que podem concorrer à herança, limitando-se, na classe dos colaterais, àqueles até o quarto grau.

6.4 Filiação

6.4.1 Introdução

Filiação é a relação de parentesco, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivesse gerado.

A Constituição Federal (art. 226, § 6º) estabeleceu absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrógrada distinção entre filiação legítima e ilegítima.

O princípio da igualdade dos filhos é reiterado no art. 1.596 do Código Civil, que enfatiza: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

6.4.2 Presunção de paternidade

Presume-se filho o concebido na constância do casamento: *pater is est quem iustae nuptiae demonstrant*.

Já diziam os romanos: *mater semper certa est*. Em regra, o simples fato do nascimento estabelece o vínculo jurídico entre a mãe e o filho. Se a mãe for casada, esta circunstância estabelece, automaticamente, a paternidade.

A presunção de paternidade é prevista no art. 1.597 do Código Civil. Neste dispositivo, há três hipóteses de presunção de filhos concebidos na constância do casamento, todas elas vinculadas à reprodução assistida.

O vocábulo "fecundação" indica a fase de reprodução assistida consistente na fertilização do óvulo pelo espermatozóide. A fecundação ou inseminação homóloga é realizada com sêmen originário do marido. Neste caso, o óvulo e o sêmen pertencem ao marido e à mulher, respectivamente, pressupondo-se, *in casu*, o consentimento de ambos.

A fecundação ou inseminação artificial *post mortem* é realizada com embrião ou sêmen conservado, após a morte do doador, por meio de técnicas especiais.

O Código não define a partir de quando se considera embrião, mas a Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina indica que, "a partir de 14 dias, tem-se propriamente o embrião, ou vida humana. Essa distinção é aceita em vários direitos estrangeiros, especialmente na Europa".

Apenas é admitida a concepção de embriões excedentários "se estes derivam de fecundação homóloga, ou seja, de gametas da mãe e do pai, sejam casados ou companheiros de união estável". Por conseqüência, está proibida a utilização de embrião excedentário por homem e mulher que não sejam os pais genéticos ou por outra mulher titular da entidade monoparental.

A Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina admite a cessão temporária do útero, sem fins lucrativos, desde que o cedente seja parente colateral até o segundo grau da mãe genética.

O inc. V do art. 1.597 do Código Civil presume concebidos no casamento os filhos "havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido".

Ocorre tal modalidade de inseminação quando é utilizado sêmen de outro homem, normalmente doador anônimo, e não o do marido, para a fecundação do óvulo da mulher. A lei não exige que o marido seja estéril ou, por qualquer razão física ou psíquica, não possa procriar. A única exigência é que tenha o marido previamente autorizado a utilização de sêmen estranho ao seu. A lei não exige que haja autorização escrita, apenas que seja "prévia", razão por que pode ser verbal e comprovada em juízo como tal.

A paternidade, neste caso, apesar de não ter componente genético, terá fundamento moral, privilegiando-se a relação socioafetiva.

Se o marido anuiu na inseminação artificial heteróloga, será o pai legal da criança assim concebida, não podendo voltar atrás, salvo se provar que, na verdade, aquele bebê adveio da infidelidade da mulher (arts. 1.600 e 1.602 do CC).

A impugnação da paternidade conduzirá o filho a uma paternidade incerta, em razão do segredo profissional médico e do anonimato do doador do sêmen inoculado na mulher.

Em regra, a presunção de paternidade do art. 1.597 é *juris tantum*, admitindo a prova em contrário. Pode, pois, ser elidida pelo marido, mediante ação negatória de paternidade, que é imprescritível (art. 1.601 do CC).

Importante observar que a prova de impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção de paternidade (art. 1.599).

O importante é que a patologia tenha ocorrido depois de estabelecida a convivência conjugal e no prazo legal atribuído ao momento da concepção, traduzido nos 121 dias, ou mais, dos 300 que houverem precedido ao nascimento do filho.

6.4.3 Ação negatória de paternidade e de maternidade

Conhecida também como ação de contestação de paternidade, a ação negatória destina-se a excluir a presunção legal de paternidade.

A legitimidade ativa é privativa do marido (art. 1.601 do CC). Só ele tem a titularidade, a iniciativa da ação, mas, uma vez iniciada, passa a seus herdeiros (art. 1.601, parágrafo único), se ele vier a falecer durante o seu curso.

Assim, entende a doutrina que nem mesmo o curador do marido interdito poderia ajuizar tal ação.

Legitimado passivamente para esta ação é o filho, mas, por ter sido efetuado o registro pela mãe – e porque se objetiva desconstituir um ato jurídico, retirando do registro civil o nome que figura como pai –, deve ela também integrar a lide, na posição de ré. Se o filho é falecido, a ação deve ser movida contra seus herdeiros (normalmente a mãe é a herdeira).

Mesmo que o marido não tenha ajuizado a negatória de paternidade, tem sido reconhecido ao filho o direito de impugnar a paternidade, com base no art. 1.604.

Mais se evidenciou essa possibilidade com o advento da Lei n. 8.560/92, elaborada com o intuito de conferir maior proteção aos filhos, por permitir que a investigação da paternidade, mesmo adulterina, seja proposta contra o homem casado, ou pelo filho da mulher casada contra o seu verdadeiro pai; e por permitir, também, no art. 8., a retificação, por decisão judicial, ouvido o Ministério Público, dos "registros de nascimento anteriores à data da presente lei".

Nesse sentido, também é o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 27): "O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça".

Dispõe o art. 1.608 do Código Civil: "Quando a maternidade constar do termo do nascimento do filho, a mãe só poderá contestá-la, provando a falsidade do termo, ou das declarações nele contidas". Tal dispositivo abre exceção à presunção *mater in jure semper certa est*, que visa à proteção da família constituída pelo casamento. A falsidade do termo de nascimento pode ser atribuída ao próprio oficial de registro civil ou à declaração da mãe ou do pai, induzidos a erro por falta de cuidado de hospitais e maternidades, como ocorre nos casos de troca de bebês.

Deve-se, pois, distinguir a ação negatória de paternidade ou maternidade daquela destinada a impugnar a paternidade ou maternidade. A primeira tem por objeto negar o *status* de filho ao que goza de presunção decorrente da concepção na constância do casamento. A segunda visa negar o fato da própria concepção, ou provar a suposição de parto, para afastar a condição de filho, como nas hipóteses de troca de criança em maternidades, de simulação de parto e introdução maliciosa na família da pessoa portadora do *status* de filho e de falsidade ideológica do assento de nascimento.

Somente a ação negatória é privativa do marido ou da mulher. A de impugnação da paternidade ou da maternidade pode ser ajuizada pelo próprio filho, por interesse moral ou até mesmo de natureza sucessória, com citação dos pais presumidos, fazendo-o com base no art. 1.604 do Código Civil e provando erro ou falsidade do registro, ou ainda por quem demonstre legítimo interesse, como os irmãos da pessoa registrada como filho.

Dispõe o art. 1.603 do Código Civil que a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil

O registro, que deve conter os dados exigidos no art. 54 da Lei dos Registros Públicos, discriminando-os em nove itens, prova não só o nascimento como também a filiação.

Prova-se também a filiação pelos meios de prova elencados no art. 1.609 do Código Civil como modos voluntários de reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento

6.4.3.1 Reconhecimento judicial da filiação: investigação de paternidade e de maternidade

O filho não reconhecido voluntariamente pode obter o reconhecimento judicial, forçado ou coativo, por meio da ação de investigação de paternidade, que é ação de estado, de natureza declaratória e imprescritível.

Os efeitos da sentença que declara a paternidade são os mesmos do reconhecimento voluntário e também *ex tunc*: retroagem à data do nascimento (art. 1.616 do CC).

Embora a ação seja imprescritível, os efeitos patrimoniais do estado da pessoa prescrevem. Por essa razão, preceitua a Súmula 149 do STF: "É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança". Esta prescreve em dez anos (art. 205 do CC), a contar não da morte do suposto pai, mas do momento em que foi reconhecida a paternidade. É que o prazo de prescrição somente se inicia quando surge o direito à ação, e este só nasce com o reconhecimento.

A legitimidade ativa para o ajuizamento da ação de investigação de paternidade é do filho. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, por isso, a ação é privativa dele. Se menor, será representado pela mãe ou tutor.

É de admitir o litisconsórcio ativo facultativo dos filhos da mesma mãe na investigação de paternidade do mesmo suposto genitor.

Se a mãe do investigante é menor, relativa ou absolutamente incapaz, poderá ser representada ou assistida por um dos seus genitores, ou por tutor nomeado especialmente para o ato, a pedido do Ministério Público, que zela pelos interesses do incapaz.

A mãe natural, ainda que menor, exerce o poder familiar de filho menor não reconhecido pelo pai e, pois, "representa-o nos atos da vida civil e pode, destarte, assistida por seu pai, intentar em nome do filho a ação investigatória de paternidade".

Se o filho morrer antes de iniciá-la, seus herdeiros e sucessores ficarão inibidos para o ajuizamento, salvo se "ele morrer menor ou incapaz" (art. 1.606 do CC). Se já tiver sido iniciada, têm eles legitimação para "continuá-la, salvo se julgado extinto o processo" (art. 1.606, parágrafo único).

A moderna doutrina, secundada pela jurisprudência, tem reconhecido legitimidade ao nascituro para a sua propositura, representado pela mãe, não só em face do que dispõe o parágrafo único do art. 1.609 do Código Civil, como também por se tratar de pretensão que se insere no rol dos direitos da personalidade e na idéia de proteção integral à criança, consagrada na própria Constituição Federal.

Não há empecilho para que o filho adotivo intente ação de investigação de paternidade em face do pai biológico, de caráter declaratório e satisfativo do seu interesse pessoal.

A Lei n. 8.560/92 permite que a referida ação seja ajuizada pelo Ministério Público, na qualidade de parte, havendo elementos suficientes, quando o oficial do Registro Civil encaminhar ao juiz os dados sobre o suposto pai, fornecidos pela mãe ao registrar o filho (art. 2., § 4.), ainda que o registro de nascimento tenha sido lavrado anteriormente à sua promulgação. Trata-se de legitimação extraordinária deferida aos membros do *parquet*, na defesa dos interesses do investigando.

A legitimidade passiva recai no suposto pai ou na suposta mãe, dependendo de quem está sendo investigado. Se o demandado já for falecido, a ação deverá ser dirigida contra seus herdeiros. Havendo descendentes ou ascendentes, o cônjuge do falecido não participará da ação, se não concorrer com estes à herança, salvo como representante do filho menor.

Deverá a viúva ser citada como parte, todavia, sempre que for herdeira, seja por inexistirem descendentes e ascendentes (art. 1.829, III, do CC), seja por concorrer com eles à herança (art. 1.829, I e II).

Não é correto mover a ação contra o espólio do finado pai. O espólio não tem personalidade jurídica, não passando de um acervo de bens.

O art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente menciona expressamente "os herdeiros" do suposto pai, mas a ação pode ser contestada por qualquer pessoa "que justo interesse tenha" (art. 1.615 do CC). A defesa pode, assim, ser apresentada pela mulher do investigado, pelos filhos havidos no casamento ou filhos reconhecidos anteriormente, bem como por outros parentes sucessíveis, uma vez que a declaração do estado de filho repercute não apenas na relação entre as partes, como também pode atingir terceiros, como aquele que se considera o verdadeiro genitor.

Se não houver herdeiros sucessíveis conhecidos, a ação deverá ser movida contra eventuais herdeiros incertos e desconhecidos citados por editais.

6.4.4 Efeitos do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento

O reconhecimento produz efeitos de natureza patrimonial e de cunho moral. O principal deles é estabelecer a relação jurídica de parentesco entre pai e filho. Embora se produzam a partir do momento de sua realização, são, porém, retroativos ou retrooperantes (*ex tunc*), gerando as suas conseqüências, não da data do ato, mas retroagindo "até o dia do nascimento do filho, ou mesmo de sua concepção, se isto condisser com seus interesses".

Com o reconhecimento, o filho ingressa na família do genitor e passa a usar o sobrenome deste. O registro de nascimento deve ser, pois, alterado, para que dele venham a constar os dados atualizados sobre sua ascendência.

Se menor, se sujeita ao poder familiar, ficando os pais submetidos ao dever de sustentá-lo, de tê-lo sob sua guarda e de educá-lo (art. 1.566, IV, do CC).

Entre o pai e o filho reconhecido há direitos recíprocos aos alimentos (art. 1.696 do CC) e à sucessão (art. 1.829, I e II).

Dispõe o art. 1.616 do Código Civil que: "A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade". O dispositivo permite, portanto, que, em nome do melhor interesse da criança, ela possa permanecer na companhia de quem a acolheu e criou.

O reconhecimento é incondicional: não se pode subordiná-lo a condição ou a termo (art. 1.613 do CC). É vedado ao pai subordinar a eficácia do reconhecimento a determinada data ou a determinado período, afastando-se, assim, a temporariedade do ato.

6.4.5 Adoção

A Constituição Federal eliminou a distinção entre os filhos, proibidas quaisquer designações discriminatórias (art. 227, § 6º, da CF). Assim, os filhos naturais, bem como os adotivos, gozam dos mesmos direitos assegurados pelo ordenamento jurídico.

A adoção resulta de um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia depende de homologação judicial, e estabelece uma nova relação parental: "a adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento" (art. 1.626 do CC). Hoje, tanto o Código Civil como o Estatuto da Criança e do Adolescente regulam a adoção, sendo a adoção de maiores tema exclusivo do primeiro diploma. Tanto em um caso como no outro, a adoção só será admitida se constituir efetivo benefício ao adotado (art. 1.625 do CC).

Qualquer pessoa pode adotar, basta ter mais de 18 anos (art. 1.618 do CC). O Estatuto da Criança e do Adolescente fala em 21 anos, mas houve a redução da maioridade e agora vigora o novo limite (18 anos). O Código Civil exige, ainda, uma diferença de idade mínima de 16 anos entre o adotante e o adotado (art. 1.619 do CC). Como regra geral, a adoção depende do consentimento do adotado, se maior de 12 anos, bem como dos seus pais ou representantes legais

(art. 1.621 do CC). Essa exigência pode ser dispensada na hipótese do § 1º do referido dispositivo (pais desconhecidos) e do art. 1.624 (infante exposto, pais desaparecidos, destituídos do poder familiar).

Não só uma, mas duas pessoas podem adotar alguém. Porém, nesta última hipótese, o art. 1.622 do Código Civil exige que os adotantes devam ser marido e mulher ou viver em união estável. O parágrafo único do referido dispositivo trata de uma hipótese especial em relação às pessoas divorciadas ou separadas: "Os divorciados e os judicialmente separados poderão adotar conjuntamente, contado que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal".

A sentença de adoção possui eficácia constitutiva e seus efeitos começam a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença (*ex nunc*), não produzindo efeito retroativo. O deferimento da adoção está condicionado à propositura da ação (art. 1.628 do CC, e art. 42, § 5º, do ECA).

No que diz respeito à adoção internacional, o Código Civil delega a matéria à lei especial (art. 1.629). Sobre o tema, o Brasil ratificou a convenção relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional, concluída na cidade de Haia, Holanda, em 29.5.1993, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 1, de 14.1.1999, e promulgada pelo Decreto n. 3.087, de 21.6.1999.

6.4.6 Poder familiar

O poder familiar, que se traduz modernamente numa idéia de poder-função ou direito-dever, nada mais é do que um feixe de relações jurídicas emanadas da filiação. A idéia predominante é de que a potestas, como era conhecido o poder familiar à época do direito romano, deixou de ser uma prerrogativa do pai para se afirmar como a fixação jurídica do interesse dos filhos.

Não só o Código Civil (arts. 1.630 a 1.638), como também o Estatuto da Criança e do Adolescente trata do poder familiar, quando fala do direito à convivência familiar e comunitária (arts. 21 a 24) e da perda e suspensão do poder familiar (arts. 155 a 163).

O poder familiar decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. As obrigações que dele fluem são personalíssimas.

Todos os filhos, de zero a 18 anos, estão sujeitos ao poder familiar, que é exercido pelos pais. Falecidos ou desconhecidos ambos os genitores, os filhos ficarão sob tutela (art. 1.728 do CC). O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. As obrigações que dele fluem são personalíssimas.

O poder familiar é sempre compartilhado entre os genitores. O desaparecimento do relacionamento entre pais (casamento ou união estável) não interfere no poder familiar (art. 1.632 do CC).

É bom lembrar que em relação à guarda, que nada mais é do que um dos aspectos do poder familiar, esta pode ser deferida a um dos genitores ou a alguém que o substitua. Neste caso temos a guarda unilateral. Ao outro genitor, portanto, restará o direito de visita.

Contudo, o art. 1.583 do CC, por força da Lei n. 11.698/2008, permite agora a chamada guarda compartilhada, cuja responsabilização concernente aos direitos e deveres do poder familiar cabe conjuntamente ao pai e à mãe.

De acordo com o art. 1.584 do CC, a guarda unilateral ou a guarda compartilhada poderá ser requerida por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; ou decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. Estabelecida a guarda compartilhada, o juiz, na audiência de conciliação, informará ao pai e à mãe o significado deste instituto, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

Quando a guarda é deferida a terceiros, ou quando a criança é colocada em família substituta, não se extingue o poder familiar dos pais, que não ficam livres da obrigação alimentar.

O art. 1.634 elenca as principais competências, também conhecidos como direitos-deveres que os pais possuem em relação aos filhos. Trata-se de um rol meramente exemplificativo.

O Estado pode, em determinadas situações, interferir no exercício do poder familiar. Surgem, assim, as hipóteses de suspensão e destituição, as quais constituem sanções aplicadas aos genitores pela infração dos deveres inerentes ao poder familiar. A perda ou suspensão do poder familiar de um ou ambos os pais não retira do filho menor o direito de ser alimentado por eles.

A suspensão do poder familiar representa medida menos grave, daí porque é sujeita a revisão. Superadas as causas que a provocaram, pode ser cancelada a convivência familiar atender ao interesse dos filhos. A suspensão é facultativa, podendo o juiz deixar de aplicá-la. A suspensão do exercício do poder familiar cabe nas hipóteses de abuso de autoridade (art. 1.637 do CC).

Distingue a doutrina a noção de perda e extinção do poder familiar. Perda é uma sanção imposta pelo Estado, enquanto a extinção ocorre pela morte, emancipação ou extinção do sujeito passivo.

A perda do poder familiar é sanção de maior alcance e corresponde à infringência de um dever mais relevante, sendo medida imperativa, e não facultativa, nas hipóteses do art. 1.638 do CC.

6.5 União estável

A expressão "união estável" admite dois sentidos, um amplo (*lato sensu*) e um restrito (*stricto sensu*). No sentido amplo, desde a posse do estado de casados, com notoriedade de longos anos, até a união adulterina, tudo se incluiria na noção maior de concubinato. No sentido restrito, é a convivência *more uxorio*, ou seja, o convívio, de homem e mulher, como se fossem marido e mulher.

Aos companheiros, são estabelecidos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos (art. 1.724 do CC).

A terminologia "união estável", empregada pelo constituinte de 1988, refere-se à união livre, entre homem e mulher desimpedidos. Tanto é que o texto constitucional – art. 226, § 3º – refere-se à possibilidade de conversão em casamento. Só se converte em casamento a união entre homem e mulher não inquinada de impedimento.

O concubinato não se confunde com a união estável (ou união livre), porque naquele há sempre impedimento, enquanto, nesta, a convivência pode ser convertida em casamento.

Patrimonialmente, a união estável gera efeitos similares ao do casamento, pois a regra geral do regime de bens é o da comunhão parcial. Contudo, a lei permite aos companheiros alterar este regime, por meio de documento escrito, conhecido na doutrina como "contrato de convivência" (art. 1.725 do CC).

Ainda que se trate de uma entidade familiar com proteção jurídica, o Código Civil prevê a possibilidade de conversão da união estável em casamento (art. 1.726). O sentido prático da transformação seria para estabelecer seu termo inicial, possibilitando a fixação de regras patrimoniais com efeito retroativo.

6.6 Bem de família

6.6.1 Bem de família voluntário

O bem de família constitui-se em uma porção de bens que a lei resguarda com as características de inalienabilidade e impenhorabilidade, em benefício da constituição e permanência de uma moradia para o corpo familiar. Para instituir esta modalidade de bem de família, o valor não poderá ultrapassar um terço do patrimônio líquido da família ao tempo da instituição (art. 1.711 do CC).

Os elementos que se destacam da noção legal do instituto são: os cônjuges ou os conviventes, por si ou individualmente, que o constituem, o prédio de propriedade do instituidor, e sua destinação ao domicílio familial, ficando isento de execução por dívidas

posteriores à constituição; a solvência do instituidor, por ocasião da constituição; a imutabilidade da destinação acima dita e a inalienabilidade do referido prédio, sem o consentimento dos interessados, e a publicidade para sua constituição.

Muito embora não seja usual, um terceiro também poderá instituir bem de família voluntário por testamento ou doação (parágrafo único do art. 1.711 do CC).

6.6.2 Bem de família legal

O bem de família é o imóvel residencial, urbano ou rural, próprio do casal ou da entidade familiar, e/ou móveis da residência, impenhoráveis por determinação legal (Lei n. 8.009/90).

Como resta evidente, nesse conceito, o instituidor é o próprio Estado, que impõe o bem de família, por norma de ordem pública, em defesa da célula familial. Nessa lei emergencial, não fica a família à mercê de proteção, por seus integrantes, mas é defendida pelo próprio Estado, de que é fundamento.

6.6.3 Exceções à impenhorabilidade do bem de família

Quadro comparativo entre as hipóteses do Código Civil e a Lei n. 8.009/90

LEI N. 8.009/90 – BEM DE FAMÍLIA LEGAL (ART. 30)	CÓDIGO CIVIL – BEM DE FAMÍLIA VOLUNTÁRIO*
1. Créditos dos trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias.	Não consta
2. Créditos decorrentes do financiamento à construção ou à aquisição do imóvel	Não consta.
3. Créditos decorrentes de obrigação alimentar.	Não consta
4. Créditos tributários devidos em função do imóvel.	Créditos tributários devidos em função do imóvel (art. 1.725 do CC)

5. Crédito hipotecário	Não consta
6. Aquisição criminosa do bem de família	Não consta
7. Obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação**	Não consta
	Despesas de condomínio

* As dívidas anteriores à constituição do bem de família voluntário não possuem proteção jurídica: art. 1.715 do Código Civil – "O bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição (...)".

** Penhorabilidade de Bem de Família (Transcrições), RE 407688/SP (v. Informativo 415 do STF), Relator: Ministro Cezar Peluso

6.6.4 Bem de família voluntário: valores mobiliários

A proteção de valores mobiliários no bem de família voluntário não poderá exceder o valor do prédio instituído em bem de família.

A renda dos valores mobiliários instituídos no bem de família voluntário deve ser aplicada, obrigatoriamente, na conservação do imóvel e no sustento da família. Para melhor aplicação da renda, o instituidor poderá determinar que a administração dos valores mobiliários seja confiada a instituição financeira.

6.6.5 Bem de família legal: proteção dos bens móveis

Não se incluem na proteção do bem de família legal os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos. Só possuem proteção legal os mobiliários devidamente quitados, inclusive na hipótese de imóvel locado.

6.7 Alimentos

6.7.1 Introdução

O termo "alimentos", na linguagem jurídica, tem uma conotação amplíssima, que não pode ser reduzida à noção de mero sustento

(alimentação), mas envolve, também, vestuário, habitação, saúde, lazer, educação, profissionalização. Logo, podemos afirmar que alimentos são os auxílios prestados a uma pessoa para prover as necessidades da vida.

6.7.2 Princípios da obrigação alimentar

Como se trata de um *munus* público, as regras que disciplinam a matéria são de ordem pública, portanto inderrogáveis por convenção entre as partes. Assim, não se pode renunciar ao direito de exigir alimentos (art. 1.707); não se pode ajustar que seu montante jamais será alterado; não se pode estabelecer condição contrária ao disposto na lei.

a. **Princípio da reciprocidade:** dispõe o art. 1.696 do Código Civil que o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros. Isto é, a reciprocidade da obrigação alimentar ocorre tanto entre ascendentes como entre descendentes.
b. **Princípio da preferência:** na falta de ascendente, cabe a obrigação aos descendentes e, faltando estes, aos irmãos, tanto germanos como unilaterais (art. 1.697). O Código Civil limita a obrigação na linha colateral ao segundo grau (irmãos), logo, tios ou sobrinhos (parentes em 3º grau) escapam da previsão legal. Importante notar que o elenco previsto pela lei é taxativo, *numerus clausus*, de modo que, em faltando alguma das categorias citadas, extingue-se a obrigação alimentar decorrente do parentesco.
c. **Princípio da complementaridade:** se o parente convocado não estiver habilitado a cumprir a obrigação totalmente (art. 1.698 do CC), poderá chamar outros parentes, de grau imediato, para concorrer no cumprimento da dívida alimentar.
d. **Princípio da mutabilidade (ou da variabilidade da prestação):** a decisão judicial sobre alimentos faz coisa julgada formal, mas não material, isto é, ela é mutável, podendo ser modificada a qualquer tempo, sempre em decorrência da variação financeira das partes interessadas (art. 1.699 do CC). Se o *quantum* da pensão ali-

mentícia subordina-se a um critério de proporcionalidade entre as necessidades do alimentado e os recursos do alimentante, sempre que o binômio se alterar produzirá efeitos imediatos sobre a pensão, provocando exoneração, redução ou majoração. Desse modo, entende-se que a revisão é da essência da obrigação alimentar.

e. Princípio da transmissibilidade: os alimentos poderão ser cobrados do espólio, ou de cada herdeiro, mas sempre no limite das forças do monte, respondendo cada herdeiro proporcionalmente à parte que lhe couber na herança.
f. Princípio da alternatividade: os alimentos podem ser pagos em espécie (moradia, alimentação, vestuário etc.) ou em dinheiro, mediante o pagamento da prestação pecuniária. O art. 1.701 do Código Civil confere ao devedor de alimentos a faculdade de optar entre o cumprimento da pensão em espécie ou em dinheiro, isto é, o dispositivo legal prescreve uma obrigação alternativa. O direito de escolha, porém, não é absoluto, pois o parágrafo único do artigo confere ao juiz, se as circunstâncias o exigirem, o poder de fixar a forma do cumprimento da prestação.
g. Princípio da irrenunciabilidade: não podem as partes pactuar de modo diverso, quer por contrato, quer por convenção (art. 1.707 do CC). O texto legal é claro e não deve gerar maiores questionamentos: o credor pode não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos.

6.7.3 Fontes da obrigação alimentar

A dívida de alimentos pode provir de várias fontes:

a. Vontade das partes: embora hipótese rara, ela pode se materializar nos casos de separação consensual, na qual o marido (ou a mulher) convenciona a pensão a ser paga ao outro cônjuge. Também pode derivar de disposição testamentária (art. 1.920).
b. Parentesco: a lei impõe aos pais o encargo de prover a mantença da família e, por decorrência jurídica, a eles compete sustentar e educar os filhos. Da mesma forma, aos filhos compete sustentar os pais, na velhice e quando necessitem de auxílio.

c. Casamento e união estável: por força do princípio constitucional que inseriu as uniões estáveis como espécie do gênero maior "entidades familiares", os companheiros também podem pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver (art. 1.694).
d. Ato ilícito: Quando o causador do dano fica obrigado a reparar o prejuízo mediante pagamento de uma indenização, a pensão alimentar decorre da responsabilidade civil. É o que decorre do disposto no art. 948, inc. II.

6.7.4 Exoneração da obrigação alimentar

As três hipóteses arroladas no *caput* do art. 1.708 do Código Civil (casamento, união estável ou concubinato), na medida em que acarretam o vínculo do credor da pensão à outra pessoa, são suficientes para justificar a cessação do pagamento da dívida alimentar. Cessa o dever de prestar alimento em caráter definitivo porque o credor se encontra vinculado a outra pessoa.

O parágrafo único do referido artigo introduz a hipótese de ingratidão do alimentário como causa extintiva da obrigação do devedor.

6.7.5 Atualização da dívida alimentar

No art. 1.710 do Código Civil, a atualização monetária é feita por fórmula mais ampla (índice oficial regularmente estabelecido) que subsiste por tempo indeterminado, sem risco de perda de parâmetro oficial quando da desvalorização da moeda nacional.

6.8 Tutela e curatela

A tutela e a curatela têm um ponto em comum: ambos os institutos objetivam proteger pessoas incapazes, de fato e de direito, que necessitam da presença de outrem que aja em nome delas. Tanto a tutela quanto a curatela representam um *munus* (encargo) público, de caráter personalíssimo e em princípio irrenunciável.

O Código Civil manteve a distinção do direito antigo: a tutela dirige-se aos menores e a curatela, aos maiores incapazes. Aí reside o divisor de águas entre os dois institutos.

SÃO POSTOS SOB TUTELA:	SÃO POSTOS SOB CURATELA:
Os menores cujos pais faleceram	Os deficientes mentais.
Os menores cujos pais foram destituídos ou suspensos do poder parental.	Os excepcionais
	Os pródigos
	Os nascituros.

6.8.1 Tutela

A tutela tem três finalidades específicas: os cuidados com a pessoa do menor; a administração de seus bens; e sua representação para os atos e negócios da vida civil.

Três são os tipos de tutela reconhecidos pela ordem civil brasileira:

a. **Tutela testamentária:** o art. 1.729 restringe aos pais, em conjunto, a nomeação do tutor. Ambos devem estar no exercício do poder parental (art. 1.730). Se existir apenas um dos genitores, a este competirá a nomeação do tutor. O art. 1.733 dispõe, ainda, que, se mais de um tutor foi nomeado em disposição testamentária, entende-se que a tutela foi atribuída ao primeiro e que os outros lhe sucederão pela ordem de nomeação, no caso de morte, incapacidade, escusa ou qualquer outro impedimento.
b. **Tutela legítima:** na falta de nomeação, a lei estabelece a ordem de preferência dos eventuais tutores (art. 1.731), ordem que não é inflexível, devendo-se considerar, sempre, o maior interesse do menor.
c. **Tutela dativa:** na falta ou na impossibilidade dos consangüíneos, o *munus* é direcionado a pessoa estranha ao grupo familiar (art. 1.732). A tutela dativa tem caráter subsidiário, porque somente ocorrerá quando inexistir tutor testamentário ou legítimo.

6.8.2 Da escusa dos tutores

Tratando-se de um encargo público, a tutela, em princípio, não pode ser recusada. Todavia, o art. 1.736 arrola os casos específicos em que se justifica a escusa. O rol do art. 1.736 é taxativo, isto é, somente os casos nele arrolados são excludentes da tutela.

No art. 1.737, a lei arrola mais uma hipótese de escusa, própria da tutela dativa; daqueles que não forem parentes do menor e que, por conseguinte, não estão obrigados a aceitar a tutela. A escusa deve ser apresentada no lapso temporal de dez dias subseqüentes à designação, sob pena de se entender renunciado o direito de alegá-la (art. 1.738). Se o juiz admitir a escusa – art. 1.739 –, o nomeado exercerá a tutela até a decisão do recurso interposto.

6.8.3 Do exercício da tutela

O art. 1.752 do Código Civil prevê a remuneração do tutor proporcionalmente à importância dos bens administrados. Se, porém, o tutor se compromete a exercer gratuitamente o cargo, não poderá reclamar qualquer remuneração.

O art. 1.743 previu a ocorrência de tutor sub-rogado sempre que o vulto e a complexidade do patrimônio o exigirem e mediante justificativa em juízo. Da mesma forma, o Código admite a figura do protutor (pessoa encarregada de fiscalizar o tutor) no art. 1.742.

Incumbe ao tutor, sob inspeção do Poder Judiciário, quanto à pessoa do menor:

a. dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos;
b. providenciar a correção do menor, quando necessário;
c. adimplir os demais deveres que normalmente competem aos pais.

Quanto ao patrimônio do menor, compete ao tutor administrar os bens do tutelado em proveito deste.

O tutor também deve representar o menor, até os 16 anos, e assisti-lo, dos 16 aos 18 anos de idade.

6.8.4 Da prestação de contas do tutor

Como administrador da pessoa do menor e de seu eventual patrimônio, o tutor fica obrigado a prestar contas (art. 1.755), ainda que os pais do tutelado tenham disposto o contrário.

Ao final de cada ano de administração, os tutores submeterão ao juiz o balanço respectivo (art. 1.756) e prestarão contas de dois em dois anos quando, por qualquer motivo, deixarem o exercício da tutela ou toda vez que o juiz achar conveniente (art. 1.757).

Finda a tutela, a quitação do menor só produzirá efeito depois de aprovadas as contas pelo juiz (art. 1.758), subsistindo inteira, até então, a responsabilidade do tutor. Em qualquer hipótese de impossibilidade de o tutor prestar contas (morte, ausência etc.), estas serão prestadas por seus herdeiros ou representantes (art. 1.759).

6.8.5 Da cessação da tutela

A tutela cessa, sob o prisma do tutelado, com a maioridade ou emancipação do menor, ou ao cair o menor sob o poder familiar (caso de adoção, por exemplo). Sob o prisma do tutor: ao expirar o termo em que era obrigado a servir (dois anos, conforme prevê o art. 1.765), ao sobrevir escusa legítima ou ao ser removido (art. 1.764).

Visualiza o art. 1.766 a possibilidade de destituição do tutor quando negligente (isto é, descaso ou falta de zelo no exercício de suas funções), prevaricador (é o que descumpre o dever a que está obrigado, por improbidade ou má-fé) ou incurso em incapacidade (todas as vezes que o tutor se encontrar em qualquer das hipóteses do art. 1.735 do CC).

6.8.6 Curatela

Quem exerce a curatela cuida dos interesses das pessoas arroladas no art. 1.767. A interdição dessas pessoas pode ser promovida pelos pais ou tutores, pelos cônjuges ou outro parente e pelo Ministério Público (art. 1.768). Importante notar que a tutela e a curatela são institutos muito próximos e com fins idênticos; tanto isso é verdade que o legislador, no art. 1.774, manda que se apliquem, à curatela, as disposições concernentes à tutela.

6.8.7 Curatela dos nascituros

Nascituro (art. 1.779) é o ser humano já concebido, mas ainda não nascido. Duas são as condições necessárias para materializar a curatela de seus bens: falecimento do pai ou perda do poder parental e, se estiver a mulher grávida, mas não tendo o poder parental. A finalidade dessa curadoria é zelar pelos interesses do nascituro e impedir, em favor do feto e de terceiros, a substituição e a supressão do parto.

Questões

1. (OAB/SP – 133°) **Sobre o casamento, é errado afirmar que:**
   (A) subsiste o casamento celebrado por aquele que, sem possuir a competência exigida na lei, exercer publicamente as funções de juiz de casamentos e, nessa qualidade, tiver registrado o ato no Registro Civil.
   (B) é lícita a alteração de regime de bens durante o casamento, sem necessidade de autorização judicial.
   (C) embora anulável ou mesmo nulo, o casamento produzirá todos os efeitos até o dia da sentença anulatória em favor do cônjuge de boa-fé, bem como aos filhos.
   (D) o casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.

2. (OAB/SC – 2006.2) Assinale a alternativa correta:
   (A) a união concubinária poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos conviventes ao juiz e assento no Registro Civil.
   (B) os conviventes somente poderão requerer Dissolução de União Estável quando a convivência tiver se mantido pelo período mínimo de um ano e um dia.

(C) a dissolução da sociedade conjugal extingue o bem de família.
(D) concubinato é a relação não eventual entre homem e mulher impedidos de casar.

3. (OAB/SP – 131°) Assinale a alternativa que indica a única pessoa que não se encontra sob uma causa suspensiva do casamento:
(A) a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros
(B) o descendente do tutor que pretende se casar com o tutelado.
(C) o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal.
(D) a viúva que pretende se casar com o homem condenado por homicídio contra o seu consorte

4. (OAB/SP – 129°) Quanto à União Estável, é errado afirmar:
(A) é possível que ocorra União Estável entre uma mulher solteira e um homem casado, mas separado de fato.
(B) as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato
(C) aplicam-se analogicamente para o convivente da União Estável as regras sucessórias do cônjuge casado sob comunhão parcial.
(D) as causas suspensivas do casamento não impedem a caracterização da união estável.

5. (OAB/SP – 128°) Sobre as relações de parentesco, é incorreto afirmar que o Código Civil:
(A) derrogou o Estatuto da Criança e do Adolescente no que se refere à idade do adotante
(B) não estabelece prazo para o marido contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua esposa.
(C) permite que se altere o sobrenome do adotado, mas não o prenome.
(D) determina que ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável

6. (OAB/SP – 132°) Entre tio-avô e sobrinho-neto, há parentesco:
(A) ascendente de terceiro grau
(B) descendente de quarto grau.
(C) colateral de quarto grau.
(D) colateral de terceiro grau.

7. (OAB/SP – 129°) Quanto ao Direito de Família, assinale a alternativa correta:
(A) presunção *pater is est* foi abolida do Código Civil de 2002.
(B) o Código Civil prevê expressamente que a criança concebida com material genético de Beatriz e de um terceiro pode ser considerada, para todos os efeitos, como filha de Beatriz e de seu marido, desde que este autorize a inseminação
(C) adultério confessado pela esposa afasta a presunção de que o seu filho, nascido na época da traição, é do seu marido.
(D) prova da impotência do marido para gerar, à época da concepção, não afasta a presunção da paternidade.

8. (OAB/SC – 2006.2) Assinale a alternativa correta:
(A) presume-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial heteróloga, mesmo sem autorização do marido.
(B) se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência
(C) o pai ou a mãe que foi condenado por sentença irrecorrível em crime cuja pena exceda a (02) dois anos, perderá, de maneira absoluta e por ato judicial, o poder familiar.
(D) parentesco por afinidade na linha reta extingue-se pela dissolução do casamento ou da união estável

9. (OAB/SP 130°) Sobre o pacto antenupcial, é errado afirmar que:
(A) a escritura pública é requisito essencial para sua validade.
(B) o casamento é requisito essencial para sua eficácia.
(C) deve, obrigatoriamente, optar por um dos regimes previstos pelo Código.
(D) o regime nele contido poderá ser alterado durante o casamento.

10. (OAB/DF – 2006.3) Sobre o direito de família é falso afirmar:
(A) é anulável o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública e ineficaz se não lhe seguir o casamento.
(B) o casamento pode celebrar-se mediante procuração por instrumento público, com poderes especiais.
(C) o casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro.
(D) dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado, salvo no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial.

11. (OAB/SP – 128º) A respeito do casamento, é incorreto afirmar:
(A) os cônjuges não podem convencionar a livre alienação de bens imóveis particulares no regime de participação final nos aquestos.
(B) a separação consensual só pode ocorrer após um ano de casamento.
(C) pode ocorrer divórcio sem partilha de bens.
(D) permanece o parentesco por afinidade entre um cônjuge e os pais do outro, mesmo após o divórcio.

12. (OAB/SC – 2007.2) Sobre regimes matrimoniais de bens, é correto afirmar:
(A) na comunhão parcial, não se comunicam os bens anteriores ao casamento, os doados ou herdados, ainda que durante a sociedade conjugal, assim como os frutos e rendimentos desses bens (próprios ou particulares) percebidos na constância do casamento
(B) no regime da comunhão universal, todos os bens são comuns aos cônjuges
(C) as dívidas relativas ao sustento da casa ou à manutenção da família obrigam a ambos os cônjuges, independente do regime de bens
(D) no regime de participação final dos aquestos, presumem-se de propriedade do cônjuge não devedor os bens móveis

13. (OAB/SP – 130º) A respeito da comunhão parcial de bens, é correto afirmar que:
(A) o apartamento que o marido adquiriu por sucessão durante o casamento, comunica-se com a esposa.

(B) há presunção absoluta de que os bens móveis pertencem a ambos os cônjuges
(C) são incomunicáveis os bens adquiridos por fato eventual.
(D) se comunicam os aluguéis do apartamento exclusivamente pertencente ao marido, desde que percebidos na constância do casamento.

14. (OAB/CESPE-UnB – 2007.2) Assinale a opção correta quanto ao direito de família:
(A) Será nulo o casamento se, logo depois de celebrado, não for lavrado o assento no livro de registro.
(B) O divórcio litigioso direto não pode ser concedido sem prévia partilha de bens.
(C) A mulher que tenha renunciado aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente.
(D) A bigamia constitui impedimento matrimonial impediente.

15. (OAB/SC – 2007.2) Quanto à dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial, todas as afirmativas, abaixo, encontram-se corretas, exceto:
(A) A separação extrajudicial não pode ser convertida em divórcio por não haver previsão constitucional desta modalidade de divórcio indireto
(B) A Lei 11.441/07 introduz a possibilidade de um casal sem filhos incapazes optar pela separação ou pelo divórcio extrajudicial, observados os prazos legais.
(C) Também na via extrajudicial é possível a lavratura da escritura pública de separação ou divórcio, sem prévia partilha dos bens.
(D) Havendo filhos incapazes, a dissolução da sociedade conjugal e/ou do vínculo matrimonial será feita exclusivamente via judicial.

16. (OAB/RJ – 32º) A separação judicial extingue:
(A) o casamento
(B) apenas o regime de bens.
(C) apenas o dever de fidelidade recíproca entre os cônjuges.
(D) os deveres de coabitação e fidelidade recíproca entre os cônjuges, bem assim o regime de bens.

17. (OAB/DF – 2006.3 – adaptada) Sobre o direito de família e direito sucessório, julgue as alternativas abaixo:

I – A adoção, instituto eminentemente de direito de família, pode ser efetivada mediante escritura publica ou por ato judicial. A primeira é dita adoção extrajudicial, enquanto a segunda jurisdicional.

II – O pai e a mãe, enquanto no exercício do pátrio poder, têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

III – São formas testamentárias ordinárias o testamento publico, o fechado e o hológrafo. À sua vez, são formas testamentárias especiais o militar, o marítimo e o aeronáutico.

IV – No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio integrado pelos bens que cada um possuia ao casar e os adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento.

São verdadeiras as assertivas:

(A) I, III e IV.
(B) II e III.
(C) II e IV.
(D) I e III.

Gabarito

1. B
2. D
3. D
4. C
5. C
6. C
7. B
8. B
9. C
10. A
11. A
12. C
13. D
14. C
15. A
16. D
17. B

7

Direito das Sucessões

Brunno Pandori Giancoli

7.1 Aspectos gerais

A sucessão em sentido restrito designa a transmissão de bens de uma pessoa (autor da herança, também chamado de *de cujus*), em decorrência de sua morte, para uma outra (chamada genericamente de sucessor).

Com a morte do *de cujus*, abre-se a sucessão. Imediatamente a posse e a propriedade de seus bens transmitem-se aos seus herdeiros legítimos e testamentários, sem qualquer necessidade de que eles se manifestem (art. 1.784 do CC). Trata-se da aplicação do princípio de *saisine*.

Desse princípio, resultam as seguintes conseqüências:

a. a capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão (art. 1.787 do CC);
b. o herdeiro pode socorrer-se dos interditos possessórios na proteção de sua posse;
c. o herdeiro pode prosseguir, sem solução de continuidade, com as ações intentadas pelo *de cujus*.

7.2 Espécies de sucessão

Existem duas formas de sucessão no Direito brasileiro (art. 1.786 do CC):

a. A **legítima**: resultante de lei. Ocorre sempre que o autor da herança morre sem deixar disposição de última vontade; diz-se sucessão *ad intestato* (art. 1.788 do CC).
b. A **testamentária**: resultante da vontade do testador. Deriva do testamento, isto é, da manifestação de vontade do testador, que, além da forma legítima, abre espaço à vontade soberana do testador quanto à quota disponível.

O Direito brasileiro consagrou o sistema da limitada liberdade de testar. É o que deflui do disposto no art. 1.789, c/c o art. 1.846 do Código Civil. Com efeito, havendo herdeiros necessários (art. 1.845), diz o art. 1.789 que o testador só pode dispor da metade da herança.

7.3 Lugar da abertura da sucessão

A sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido (art. 1.785), sendo aí o foro competente para que se promovam o inventário e a partilha dos bens. Porém, a lei prevê outras situações:

a. **Ausência de domicílio certo**: será competente o foro da situação do imóvel (art. 96, parágrafo único, I, do CPC).
b. **Pluralidade de domicílios**: se o *de cujus* possuía bens em diversos lugares, será competente o lugar onde ocorreu o óbito.
c. **Falecimento no estrangeiro**: será competente, para processar o inventário e a partilha, o foro de seu último domicílio no Brasil (art. 96, *caput*, do CPC).

7.4 Representação legal na sucessão

O inventariante é o representante legal do espólio. Nomeado pelo juiz, representa o espólio judicial e extrajudicialmente, ativa e passivamente, prestando compromisso formal no processo e assumindo total responsabilidade pela guarda e conservação dos bens. A nomeação obedece às preferências ditadas pela lei (art. 1.797 do CC): 1º) o cônjuge ou companheiro; 2º) o herdeiro (na posse e administração do espólio); 3º) o testamenteiro; 4º) a pessoa de confiança do juiz (inventariante judicial).

7.5 Característica da herança

A herança é uma universalidade de direito. Até a partilha, todos os herdeiros encontram-se diante do espólio como condôminos, ou seja, possuidores e proprietários de uma quota ideal, abstrata, que só se materializará (ou concretizará) no momento da partilha.

O estado de indivisão, decorrente da abertura da sucessão, desaparece via inventário que, minucioso e exato, faz conhecer o complexo de bens transmitido pelo *de cujus* aos herdeiros. Ele garante a igualdade de quinhões, prepara a partilha e põe fim ao estado condominial.

O art. 1.792 ainda determina que o herdeiro nunca responde *ultra vires hereditatis*, ou seja, ele não responde pelos encargos superiores às forças da herança. Em outras palavras, a responsabilidade da herança pelas dívidas do *de cujus* limita-se às suas forças.

7.6 Cessão de direitos hereditários

O Código Civil admitiu a cessão dos direitos hereditários mediante escritura pública e a anuência dos demais co-herdeiros. Essa possibilidade existe desde a abertura da sucessão.

Por meio da cessão, transfere-se, do cedente para o cessionário, o direito sobre a herança indivisa, ou sobre o seu quinhão. Não se transfere a qualidade de herdeiro, esta é pessoal e intransmissível. Assim, o cedente continua herdeiro para efeitos sucessórios na eventualidade de substituição ou direito de acrescer.

O co-herdeiro só cede parte indivisa, ou fração ideal, jamais bem singular do acervo. Ele também deverá respeitar o direito de preferência dos demais co-herdeiros. O direito de preferência dos co-herdeiros tem de ser exercido, depositado o preço no prazo de 180 dias, após a transmissão. Trata-se de uma preferência legal e real.

7.7 Instauração do inventário

O Código Civil (art. 1.796) estabeleceu o prazo de instauração do inventário: 30 dias da data da abertura da sucessão, mas silenciou sobre o respectivo término, embora o prazo de encerramento esteja previsto no CPC e seja de seis meses.

7.8 Capacidade para suceder

São capazes de herdar as pessoas nascidas ou já concebidas (nascituros) no momento da abertura da sucessão.

Mas a lei ainda previu a possibilidade de sucessão aos não-concebidos (prole eventual – art. 1.799, I, do CC) e às pessoas jurídicas (de direito público e privado); contudo, estas hipóteses são restritas à sucessão testamentária.

7.9 Aceitação da herança

A aceitação da herança pode ser expressa, tácita ou presumida. A expressa é a manifestada por escrito (art. 1.805). Não se trata de uma hipótese freqüente. A aceitação tácita é a que resulta de atos

compatíveis com o caráter dos herdeiros (ex.: o fato de o herdeiro outorgar procuração ao advogado para acompanhar o inventário). Já a aceitação presumida é a prevista no art. 1.807 do CC. Qualquer interessado (credor, eventual herdeiro) pode requerer a notificação do herdeiro silente. Se em 30 dias não se pronunciar o herdeiro, presumir-se-á a aceitação da herança.

Importante observar que a aceitação não admite parcialidade, condição ou termo, da mesma forma que a renúncia.

7.10 Renúncia da herança

É o ato pelo qual um herdeiro, chamado à sucessão, declara que não a aceita. Para que se caracterize, é fundamental a ocorrência de três condições:

a. que tenha sido gratuita;
b. que tenha sido pura e simples (sem termo ou condição);
c. que tenha sido feita em favor de todos os co-herdeiros.

Os efeitos da renúncia são:

a. A renúncia afasta o renunciante da sucessão, retroagindo ao momento da abertura da sucessão. O renunciante é considerado como se jamais tivesse existido.
b. A quota do renunciante acresce à dos outros herdeiros (art. 1.810).
c. Se o renunciante é o único herdeiro da classe, devolve-se a herança aos herdeiros da classe subseqüente.
d. Os descendentes do *de cujus* não podem representar o renunciante na sucessão do ascendente.
e. Se o renunciante for o único de sua classe ou se todos os outros da mesma classe renunciarem, os filhos poderão herdar por direito próprio e por cabeça.

A renúncia é irretratável, não admite revogação, pois, tratando-se de ato jurídico unilateral, aperfeiçoa-se desde o momento da declaração soberana de vontade.

7.11 Herança jacente

Herança jacente é aquela cujos herdeiros não são conhecidos, ou que, sendo conhecidos, renunciaram à herança, devolvendo-se esta ao Estado. A jacência pode ocorrer tanto na sucessão legítima quanto na sucessão testamentária.

Evitando-se que o patrimônio caia no vazio, a lei indica o Estado para recolher a herança vaga.

O período que medeia entre a abertura da sucessão e a aquisição pelo Estado dos bens do *de cujus* chama-se jacência. No direito pátrio, jamais ocorre a aquisição imediata da herança pelo Estado. O ente público somente adquire a propriedade dos bens hereditários após a declaração de vacância, admissível um ano após a conclusão do inventário (art. 1.820).

O juiz manda a Fazenda Pública arrecadar os bens, que ficam em seu poder por um período de cinco anos. É sempre lícito aos herdeiros comparecerem e pedirem a entrega dos bens, mediante devida habilitação.

Transcorrido todo o prazo prescritivo, sem a habilitação de qualquer herdeiro, a posse exercida pela Fazenda transforma-se em propriedade. Os bens do *de cujus*, sem herdeiros, passam a pertencer ao Município no qual se encontram. Localizados no Distrito Federal, são-lhe devolvidos e, se se encontrarem nos territórios, revertem em favor da União.

7.12 Da petição de herança

Trata-se do meio judicial de que se serve o herdeiro excluído para garantir sua qualidade sucessória e natural acesso aos bens hereditários. A petição de herança tem um duplo objetivo:

a. o reconhecimento judicial da qualidade de herdeiro;
b. a restituição dos bens que compõem o seu acervo hereditário.

Conforme dispõe o art. 1.824 do Código Civil, qualquer herdeiro pode intentar a ação; quem quer que herde, legítima ou testamentariamente, pode pedir a herança se outrem a possui, com ofensa ao seu direito de herdeiro.

7.13 Ordem de vocação hereditária

O critério da vocação é a proximidade do vínculo familiar. Assim, os herdeiros mais próximos excluem os mais remotos (salvo hipótese de representação) e os herdeiros de grau igual, quando herdam em nome próprio, recebem uma quota igual da herança.

Assim:

a. herdeiros de grau igual: herdam por cabeça;
b. herdeiros de grau diferente: herdam por estirpe.

7.14 Herdeiros legítimos

São as pessoas indicadas na lei (art. 1.829 do CC) como sucessores, na sucessão legal, a quem se transmite a totalidade ou a quota-parte da herança.

A existência de herdeiros legítimos necessários impede a disposição testamentária dos bens constitutivos da legítima (art. 1.846). São eles: os descendentes, os ascendentes e o cônjuge sobrevivente (concorrendo com as duas categorias, conforme prevê o inc. I do art. 1.829 do CC) e o companheiro.

Os herdeiros legítimos facultativos são aqueles que podem vir a herdar, quando faltarem herdeiros necessários. Para excluí-los da sucessão, basta que o testador disponha dos bens, sem os contemplar. Nesta categoria, incluem-se os colaterais até o quarto grau.

7.15 Sucessão dos descendentes

A sucessão dos descendentes ocorre por cabeça (quando os herdeiros se encontram no mesmo grau de parentesco do *de cujus*) ou por estirpe (quando herdeiros de graus diferentes).

7.16 Sucessão do cônjuge

De acordo com o art. 1.830, o chamamento do cônjuge está condicionado a que, na data do óbito, não estivesse separado judicialmente do *de cujus*, nem deste separado de fato há mais de dois anos, "salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente".

Agora, o cônjuge sobrevivente concorre à divisão da legítima, em igualdade com os descendentes ou ascendentes do falecido. Em três hipóteses, todavia, a lei deixa de reconhecer vocação hereditária ao cônjuge, atribuindo a herança, em sua totalidade, aos descendentes:

a. se o regime de bens do casal era o da comunhão universal;
b. se o regime de bens era o da separação obrigatória;
c. se o regime de bens era o da comunhão parcial, sem que o falecido tenha deixado bens particulares. A ausência de patrimônio particular do *de cujus* importa serem comuns todos os seus bens: por uma circunstância fática, esta última situação se equipara à primeira (de comunhão universal) e, portanto, deve merecer igual tratamento.

Diante de tais exceções à regra da concorrência entre descendentes e cônjuge, ao último caberá participar da sucessão em três hipóteses:

a. se o regime de bens do casal era o da separação convencional, isto é, aquele livremente adotado pelos cônjuges mediante pacto antenupcial válido;

b. se o regime de bens era o da comunhão parcial, e o *de cujus* tinha bens particulares (caso em que o cônjuge será, ao mesmo tempo, herdeiro e meeiro, incidindo a meação, obviamente, apenas sobre o patrimônio comum);
c. se o regime de bens era o da participação final nos aqüestos. Também aqui haverá herança e meação.

Quando o cônjuge concorrer com ascendentes, será irrelevante o regime de bens.

A nova lei previu, ainda, com maior extensão, o direito real de habitação sobre o imóvel residencial familiar para o cônjuge sobrevivente (art. 1.831).

7.17 Sucessão dos ascendentes

Não havendo descendentes, a sucessão devolve-se aos ascendentes. Aqui, também, o princípio da proximidade é a regra, mas não se admite a representação.

E no caso dos pais do *de cujus* estarem mortos, mas ainda vivos seu avô paterno C e seus avós maternos E e F, como se dividirá a herança? C receberá metade da herança, cabendo a outra metade a E e F conjuntamente (art. 1.836, § 2º, do CC).

A sucessão do filho adotivo por seus ascendentes cria duas situações distintas, a saber:

a. **adoção plena:** a herança do filho adotivo devolve-se aos seus pais adotivos (art. 41, § 2º, do ECA);
b. **adoção simples:** a herança beneficiará os ascendentes naturais.

7.18 Sucessão na união estável

A sucessão do convivente está prevista no art. 1.790 do Código Civil. Sua participação está limitada aos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência, ficando excluídos os bens particulares deixados pelo *de cujus*.

Concorrendo com descendentes comuns, receberá quota igual à que for paga ao descendente. Se concorrer com descendentes só do falecido, receberá metade do que cada descendente receber.

Não havendo descendentes do falecido, o convivente concorrerá à herança com os outros parentes porventura existentes, tendo direito a no mínimo 1/3 (um terço) da herança.

O convivente somente irá receber a totalidade da herança caso o falecido não tenha deixado nenhum parente suscetível de receber a herança. Neste montante incluem-se os bens particulares.

7.19 Do direito de representação

Trata-se de ficção, porque, morrendo o presumido herdeiro antes da abertura da sucessão em seu favor, são chamados os seus descendentes, em concorrência com os outros descendentes mais próximos do autor da herança, a ocupar o lugar do presumido herdeiro, substituindo-o.

Embora a representação (também chamada substituição legal) tenha muitos pontos em comum com a substituição, com ela não se confunde. A representação é própria da sucessão legítima. Decorre de imposição legal; há, pois, indefinição dos representantes, que só se conhecerão no momento da abertura da sucessão. A substituição é própria da sucessão testamentária. Decorre da vontade pessoal do testador; logo, mesmo antes de aberta a sucessão já se conhece a titularidade do substituto.

A representação (art. 1.852) só ocorre na linha reta descendente, nunca na ascendente. Na linha descendente, a representação é sem limites. Na ascendente, não há que se falar em representação.

Em se tratando de colaterais (linha transversal), só ocorre direito de representação em favor dos filhos de irmãos do falecido, quando com irmãos deste concorrerem (art. 1.853).

Finalmente, dispõe o art. 1.856 que o renunciante à herança de uma pessoa não está impedido de representá-la na sucessão de outra.

7.20 Da indignidade

Trata-se da destituição do direito hereditário que a lei impõe ao herdeiro ou legatário que se conduziu mal em relação à pessoa do *de cujus*. A indignidade é declarada por sentença em ação ordinária (art. 1.815 do CC). A sentença que declara a indignidade não é título constitutivo, mas apenas declarativo da incapacidade para suceder, sendo o seu efeito retroativo à data da abertura da sucessão.

Como a indignidade é de natureza estritamente privativa, iniciada ou não a ação, ela extingue-se com o falecimento do herdeiro ameaçado (art. 1.816 do CC). A pretensão por indignidade pode ser proposta pelo legítimo interessado dentro do prazo de quatro anos, a partir da abertura da sucessão (art. 1.815, parágrafo único). O prazo é decadencial, pois se trata de um direito potestativo.

7.21 Testamento

Testamento é o ato unilateral e revogável pelo que uma pessoa dispõe, para depois de sua morte, de todos os seus bens ou de parte deles. É de cinco anos o prazo para impugnar a validade do testamento (art. 1.859). Podem testar os maiores de 16 anos (art. 1.860, parágrafo único, do CC). A determinação da capacidade é a da feitura do testamento.

Os testamentos se dividem em ordinários e especiais. Os ordinários são os facultados a todas as pessoas capazes. São eles:

a. Testamento público: é o ditado pelo testador e lavrado pelo tabelião em livro de notas, perante o mesmo oficial e na presença de duas testemunhas (arts. 1.864 a 1.867 do CC). O analfabeto (art. 1.865), o surdo (art. 1.866) e o cego (art. 1.867) devem usar este tipo de testamento.
b. Testamento cerrado: é escrito e assinado pelo próprio testador ou por alguém ao seu rogo, completado por instrumento de aprovação lavrado pelo tabelião em presença de duas testemunhas (arts. 1.868 a 1.875 do CC).

c. **Testamento particular:** é escrito e assinado pelo testador e lido na presença de três testemunhas que o subscrevem (arts. 1.876 a 1.880 do CC).

Os testamentos especiais são os facultados a certas e determinadas pessoas que se encontram em situações excepcionais. São eles:

a. **Testamento marítimo:** facultado às pessoas que se encontram a bordo de navios de guerra ou mercantes. Realizados com as formalidades da lei, apresenta-se com forma similar ao testamento público ou ao testamento cerrado (arts. 1.888 a 1.892 do CC).
b. **Testamento aeronáutico:** facultado às pessoas que se encontram a bordo de aeronaves militares ou comerciais (arts. 1.888 a 1.892 do CC).
c. **Testamento militar:** feito por militares e demais pessoas a serviço das Forças Armadas, dentro ou fora do País, ou em praça sitiada ou com as comunicações interrompidas (arts. 1.893 a 1.896 do CC).

7.22 Codicilo

Trata-se de um ato de última vontade pelo qual o disponente traça diretrizes sobre assuntos pouco importantes, despesas e dádivas de pequeno valor. Contém disposições sobre: enterro, esmolas de pouco monta a determinadas pessoas ou aos pobres de certo lugar, legado de móveis, jóias, roupas de pouco valor e de uso pessoal.

7.23 Legado

Trata-se da disposição testamentária a título particular, destinada a conceder a alguém uma determinada vantagem econômica. Só pode ser objeto de legado o bem que pertence ao testador. Três são as pessoas que figuram no legado:

a. o testador (legante);
b. o legatário (a quem o legado beneficia);
c. o herdeiro (incumbido de cumprir o legado).

Quanto ao objeto, de acordo com o Código Civil, os legados são:

a. de coisa certa (art. 1.912);
b. de coisa comum (art. 1.914);
c. de coisa singularizada (art. 1.916);
d. de coisa localizada (art. 1.917);
e. de crédito (art. 1.918);
f. de quitação de dívida (art. 1.919);
g. de alimentos (art. 1.920);
h. de usufruto (art. 1.921);
i. de imóvel (art. 1.922).

Os legados podem perder sua eficácia. Trata-se da caducidade dos legados. Cinco são os motivos geradores:

a. modificação da coisa legada;
b. alienação da coisa legada;
c. perecimento ou evicção da coisa legada;
d. indignidade;
e. pré-morte do legatário.

7.24 Das substituições

Prevendo a hipótese de o herdeiro, ou o legatário, não poder ou não querer assumir a herança ou o legado é que surgiu o instituto da substituição, como meio de dar continuidade à cadeia sucessória. Trata-se de um instituto específico da sucessão testamentária.

A figura da substituição hereditária apresenta várias modalidades:

a. Substituição vulgar: ocorre quando o substituído é chamado para assumir a posição do nomeado anterior. Constitui-se em uma simples troca de titulares, condicionada ao primeiro

herdeiro instituído ou legatário não assumir sua condição na herança. Essa modalidade admite duas formas: será singular se só tiver um substituto ao herdeiro ou legatário instituído; e será plural ou coletiva se vários forem os substitutos convocados simultaneamente.

b. Substituição recíproca: ocorre quando os co-herdeiros, ou co-legatários, são substituídos uns pelos outros, ou, quando o testador, instituindo vários herdeiros ou legatários, os declara substitutos uns dos outros. A substituição recíproca pode ser geral (quando todos substituem ao herdeiro ou ao legatário que faltar) ou particular (quando uns herdeiros ou legatários determinados substituem outros determinados, e reciprocamente).

c. Substituição fideicomissária: é a substituição feita quando ocorre a transmissão concomitante e sucessiva a duas pessoas. Mediante fideicomisso (confiança), o testador (fideicomitente) transmite a propriedade resolúvel da coisa a um primeiro beneficiário (fiduciário), com a obrigação de que este transfira para um segundo beneficiário (fideicomissário). Três são as características constitutivas da substituição fideicomissária: 1ª) a dupla disposição testamentária; 2ª) a obrigação de conservar e restituir os bens; 3ª) a ordem sucessiva (execução da obrigação ou da substituição fideicomissária deferida ao tempo da morte do fiduciário).

7.25 Da deserdação

É a privação dos herdeiros necessários à legítima e à sucessão testamentária realizada pelo *de cujus*, em testamento com declaração de causa. Trata-se de um instituto exclusivo da sucessão testamentária, porém guarda estreita ligação com a indignidade. Todavia, a deserdação é mais ampla que esta última.

Além das causas enumeradas no art. 1.814, também autorizam a deserdação as hipóteses descritas no art. 1.962 do Código Civil.

Só o testamento (art. 1.964 do CC) tem o poder de gerar a deserdação. Além disso, o legislador exige a prova da veracidade da causa (art. 1.965 do CC), cabendo ao herdeiro prová-la no lapso temporal de quatro anos. O testador só poderá perdoar o deserdado por meio da revogação testamentária.

7.26 Do inventário

O inventário é feito para descrever e avaliar os bens, possibilitando a posterior divisão do acervo entre os herdeiros.

O inventário, na forma de arrolamento sumário, pode ocorrer quando todos os herdeiros forem capazes e estiverem acordados sobre a partilha dos bens deixados pelo *de cujus*. Neste caso, deve ser atendido o princípio da igualdade na partilha, consistindo este na boa partição da herança, dando-se em bens, a cada um dos herdeiros, uma soma de valores correspondentes a seu direito hereditário, formando-se quinhões em partes iguais, sob pena de ser a partilha anulada, determinando-se que outra seja feita.

7.27 Dos sonegados

Sonegado é tudo aquilo que deveria entrar na partilha, porém foi ciente e conscientemente omitido na descrição dos bens pelo inventariante, não restituído por ele ou por sucessor universal, ou doado a herdeiro e não trazido à colação pelo beneficiário com a liberalidade.

7.28 Da colação

Colacionar é conferir os bens e valores recebidos antes da abertura da sucessão, de forma a garantir a igualdade da legítima. Tem como objetivo restabelecer a igualdade entre herdeiros legitimários.

São pressupostos da colação:

a. ocorrência de sucessão legítima;
b. existência de co-herdeiros necessários descendentes;
c. ocorrência de uma liberalidade em vida.

Os bens sujeitos à colação são:

a. doações e dotes constituídos pelos ascendentes;
b. venda de bens ou doações feitas por interposta pessoa;
c. outros recursos fornecidos pelo ascendente em favorecimento do descendente.

De acordo com o disposto no art. 2.004 do Código Civil, o valor da colação é o que lhe for atribuído no ato de liberalidade e, na falta desse valor, os bens doados serão avaliados com base no que valiam ao tempo da liberalidade.

Os gastos ordinários do ascendente para com o descendente não são colacionáveis, por não constituírem doação, nem liberalidade (arts. 2.010 e 2.011 do CC).

7.29 Da partilha

É o ato pelo qual o partidor procede à divisão de um patrimônio entre os interessados, em inventário *causa mortis* e a ser homologado pelo juiz. Sendo incapazes ou inexistindo composição entre os herdeiros, a partilha será sempre judicial (art. 2.016 do CC). Trata-se de um ato anulável, e a invalidação deve ser promovida por meio de ação anulatória, com prazo prescricional de um ano, contado nos termos do disposto no parágrafo único do art. 1.029 do Código de Processo Civil.

A partilha em vida é possível e ela não se confunde com a doação (art. 2.018 do CC).

Questões

1. (OAB/RJ – 32°) A ordem de vocação hereditária é definida:
   (A) livremente, de acordo com a vontade do testador.
   (B) de acordo com a lei vigente ao tempo da abertura da sucessão.
   (C) de acordo com a lei vigente ao tempo da abertura do processo de inventário.
   (D) de acordo com a lei vigente ao tempo da partilha.

2. (OAB/SP – 128°) Sobre o direito de representação na sucessão legítima, é incorreto afirmar:
   (A) na linha ascendente, nunca há direito de representação.
   (B) se uma herdeira for declarada indigna, sua filha não herda no seu lugar.
   (C) na linha transversal, só há direito de representação em favor do sobrinho do falecido.
   (D) na linha descendente, há, em regra, direito de representação.

3. (OAB/SP – 133°) Sobre as sucessões, assinale a alternativa errada:
   (A) aplica-se o direito de representação à linha ascendente.
   (B) viúva, que fora casada em separação convencional com o *de cujus*, tem direito de concorrer com os filhos exclusivos do falecido na sucessão deste.
   (C) o pai pode deixar toda a parte disponível de sua herança para um de seus dois filhos.
   (D) para excluir da sucessão o irmão, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem o contemplar.

4. (OAB/SC – 2007.2) Sobre o direito de representação na sucessão legítima, assinale a única alternativa correta:
   (A) o cônjuge sobrevivente do herdeiro pré-morto pode representá-lo em cuja sucessão participaria se vivo fosse.
   (B) não se reconhece o direito de herdar por representação aos filhos de herdeiro renunciante.
   (C) o direito de representação existe apenas na linha reta descendente.

(D) não serão chamados à sucessão por direito de representação os filhos dos herdeiros excluídos por deserdação ou indignidade.

5. (OAB/SP – 132º) Na sucessão legítima, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia se vivo fosse, ocorre o instituto denominado:
   (A) substituição fideicomissária
   (B) substituição recíproca
   (C) direito de representação
   (D) deserdação.

6. (OAB/SP – 131º) Sobre a sucessão legítima em favor da viúva, é errado afirmar que:
   (A) ainda que concorra com filhos exclusivos do falecido, a viúva – que era casada sob o regime da separação obrigatória – tem direito real de habitação relativamente ao único imóvel deixado pelo *de cujus*.
   (B) casada sob o regime da separação convencional, a viúva herdará a propriedade dos bens particulares do *de cujus*, concorrendo com os filhos exclusivos deste, em igualdade de quotas.
   (C) não há diferença quanto ao fato de a viúva ser ou não mãe de todos os 5 (cinco) filhos do seu falecido marido
   (D) concorrendo com o irmão do falecido, a esposa herdará todo o patrimônio, qualquer que seja o regime de bens.

7. (OAB/SP – 130º) Quanto à sucessão colateral, é correto afirmar que:
   (A) deixando o falecido apenas um tio e um sobrinho, a herança se divide ao meio.
   (B) a única hipótese de representação será em favor dos filhos de irmãos do falecido.
   (C) não há distinção entre irmãos bilaterais ou unilaterais do falecido.
   (D) o Código prevê a concorrência entre o irmão do falecido e a viúva do falecido

8. (OAB/SP – 131º) Sobre a sucessão testamentária, é errado afirmar:
   (A) o instituto da redução das disposições testamentárias é aplicado para as hipóteses de avanço do testamento na parte legítima dos herdeiros necessários.
   (B) há direito de representação na sucessão testamentária.
   (C) o pai pode testar metade do seu patrimônio ao filho primogênito 'A', enquanto a outra metade será igualmente dividida entre o próprio 'A' e o caçula 'B'.
   (D) o herdeiro, chamado, na mesma sucessão, a mais de um quinhão hereditário, sob títulos sucessórios diversos, pode livremente deliberar quanto aos quinhões que aceita e aos que renuncia.

9. (OAB/RJ – 32º) Assinale a opção que apresenta as formas testamentárias admitidas na legislação brasileira:
   (A) testamento público, testamento particular e testamento cerrado.
   (B) testamento público e testamento marítimo.
   (C) testamento nuncupativo e testamento cerrado
   (D) testamento aeronáutico e testamento militar.

10. (OAB/RJ – 31º) Jair, contando com 16 anos completos, deseja fazer testamento. Diante desta situação, é correto afirmar:
   (A) poderá fazer testamento, somente se for emancipado.
   (B) poderá fazer testamento, fazendo-se necessária a assistência por seus representantes legais.
   (C) poderá fazer testamento, não precisando da assistência de seus representantes legais.
   (D) poderá fazer testamento, desde que seja na forma pública e conte com a assistência de seus representantes legais

Gabarito

1. B
2. B
3. A
4. B
5. C
6. C
7. B
8. B
9. A
10. C

Referências

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 2.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Enciclopédia Saraiva de direito*, v. 16. São Paulo: Saraiva.

BETTI, Emilio. *Autonomia privata*. Novissimo Digesto Italiano, (dirigido por Antônio Azara e Ernesto Eula). Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1957.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Officina Dois Mundos, 1896.

BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: l'obbligazione*. Milão: Giuffrè, 1997. v. 4 e 5.

COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1979.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. São Paulo: Saraiva. 2004.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.

_____. *As lacunas no direito*, 7ª ed São Paulo: Saraiva, 2002.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Rideel. 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v 2.

GIORGI, Jorge. *Teoria de las obligaciones*, v. 2. Madri: Réus. 1928.

GOMES, José Jairo. *Direito Civil: introdução e parte geral*. Belo Horizonte: Del rey. 2006.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2 ed. São Paulo: RT. 1980.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, 5. Ed.. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direito civil brasileiro*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Direito civil brasileiro*, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1.

LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*: obrigações. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

MARQUES, Cláudia Lima Marques. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª ed. Revist., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense. v. 5, t. 1. 2005.

MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Trad. Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1.

MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 5.

NANNI, Giovanni Ettore. "A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da lei federal nº 9.434/97 e da Constituição Federal". In: *Direito civil constitucional – Cadernos I*. (LOTUFO, Renan. (Org.). São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva. 2004.

_____. "A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada". In: Lotufo, Renan (Org.). *Cadernos de direito civil constitucional*, nº 2. Curitiba: Juruá, 2001.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. São Paulo: RT, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Nápolis: Jovene, 1972.

_____. Pietro. *Il diritto civille nella legalità costituzionale*. Napoli: Scientifiche Italiane, 1999.

_____. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. Borsoi. t. XXII.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 41. ed. Pádua: Cedam, 2004.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973. v. 1 e 2.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 2 e 7.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A novação*. São Paulo: RT, 1979.

WALD, Arnoldo. *A cláusula de escala móvel*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1959.